PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-graduação em Direito

Leana Mello Soares Nogueira

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS FAMÍLIAS ATÍPICAS A PARTIR DE UMA LEITURA PRINCIPIOLÓGICA DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Belo Horizonte
2022

Leana Mello Soares Nogueira

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS FAMÍLIAS ATÍPICAS A PARTIR DE UMA LEITURA PRINCIPIOLÓGICA DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli

Área de concentração: Direito Privado

Belo Horizonte

2022

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Nogueira, Leana Mello Soares
N778r O reconhecimento jurídico das famílias atípicas a partir de uma leitura principiológica do princípio da afetividade / Leana Mello Soares Nogueira. Belo Horizonte, 2022.
216 f. : il.

Orientador: Leonardo Macedo Poli
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Relações familiares - Brasil. 2. Direito de família. 3. Família - Aspectos jurídicos. 4. Relações poliamorosas. 5. Autonomia. 6. Planejamento familiar. 7. Estado democrático de direito. 8. Princípio da dignidade da pessoa humana. I. Poli, Leonardo Macedo. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.628

Ficha catalográfica elaborada por Elizângela Ribeiro de Azevedo - CRB 6/3393

Leana Mello Soares Nogueira

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS FAMÍLIAS ATÍPICAS A PARTIR DE UMA LEITURA PRINCIPIOLÓGICA DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Privado

_____

Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli (Orientador) – PUC Minas

_____

Profª. Dra. Taísa Maria Macena de Lima– PUC Minas

_____

Prof. Dr. José Luiz Quadros Magalhães – PUC Minas

_____

Profª. Dra. Luciana Fernandes Berlini – UFLA

_____

Prof. Dr. Calânico Sobrinho Rios- FADIVALE

_____

Profª. Dra. Fernanda Paula Diniz- Suplente- PUC Minas

_____

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães- Suplente- PUC Minas

Belo Horizonte, 29 de abril de 2022.

Á minha mãe (in memorian) e à minha tia Suca (in memorian), por tudo que me proporcionaram.

Ao Dam, por todo seu amor e presença.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por proteger e guiar meus caminhos, e por não deixar eu desistir nos momentos difíceis.

Ao meu orientador, Leonardo Macedo Poli, pelas conversas, apontamentos, encorajamento em relação ao tema, pelas palavras de conforto e por todo aprendizado durante as aulas do doutorado e nas orientações.

Ao Dam por me fazer acreditar diariamente na afetividade das relações conjugais, por me apoiar e compreender minha ausência em vários momentos dessa trajetória, por renunciar aos nossos sonhos por conta desse meu projeto de realização pessoal do doutorado.

Aos meus familiares pelo distanciamento e por nem sempre conseguir participar dos momentos bons e ruins em família. Prometo que agora poderei ficar mais presente.

Aos meus alunos da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo, por indiretamente serem os grandes incentivadores para eu buscar mais conhecimento e continuar os estudos.

À direção da FAC, em nome de Padre Frederico, por sempre compreender os dias que precisei me ausentar para ir a Belo Horizonte, pelo incentivo à minha qualificação e por todo apoio.

Às professoras e amigas Gleice Barral e Mariana Carvalho por compartilharem minhas angústias durante todo esse processo de escrita.

Ao amigo e professor Douglas Eduardo Figueiredo que desde o processo seletivo me encorajou a fazê-lo, meu companheiro de estrada durante as aulas do doutorado e que, no momento de escrita, foi meu terapeuta ao ouvir minhas angústias, inquietações acadêmicas, medos, inseguranças e sempre tinha uma palavra de acalento para me acalmar. Você foi fundamental nesse processo.

Aos amigos do espaço, pelos momentos de descontração nos doces encontros do almoço que ajudavam a relaxar e descansar a mente.

À Mariana de Sá pelas reflexões, revisão textual, ABNT e indicações de doutrina e artigos.

Às minhas sócias por me ajudarem e entenderem meu afastamento durante o período de escrita.

Às amigas Ana Paula e Karine pelo apoio, amizade e por participarem dos momentos importantes de minha vida, ainda que ruins.

Ao Dom Lindomar Rocha Mota por ser minha referência intelectual e por me estimular na busca constante pelo conhecimento.

Á Maria Goreth Macedo Valadares, Fernanda Paula Diniz e Simone Reissinger, minhas eternas professoras, que foram e são referências na minha escolha pela docência e por todo conhecimento transmitido.

São muitas pessoas que fizeram e fazem parte desse processo acadêmico e que eu sou eternamente grata.

RESUMO

A presente tese tem por objetivo analisar a possibilidade do reconhecimento jurídico das famílias atípicas, a partir de uma leitura principiológica do princípio da afetividade e demais princípios como o da dignidade, autonomia, liberdade e pluralidade das entidades familiares. As famílias atípicas estão cada vez mais presentes na contemporaneidade, todavia, existe uma resistência do judiciário em reconhecê-las como entidade familiar, mesmo existindo disposição constitucional que prevê que a família, enquanto base da sociedade, deve ser protegida pelo Estado. Para refletir sobre o problema proposto, realizou-se uma pesquisa exploratória, indutiva e discursiva, utilizando de doutrinas e decisões, para demonstrar que a sociedade é dinâmica e o direito deve acompanhar os fatos sociais. E, por isso, como a afetividade é base para o reconhecimento de entidades familiares, não pode o Estado negar qualquer formação familiar se houver a sua presença, bem como dos requisitos da estabilidade e ostensibilidade. Assim, reconhece-se que o princípio da afetividade é vínculo constitutivo e distintivo da entidade familiar, cabendo ao Estado um comando de ação para reconhecer entidades familiares atípicas. Ademais, a leitura da afetividade enquanto princípio que garante o reconhecimento de entidades familiares atípicas busca promover a eudemonia e garantir direitos fundamentais como dignidade, igualdade, autonomia e liberdade dos membros que compõem a entidade familiar contemporânea.

Palavras-chave: Famílias atípicas; Princípio da afetividade; Pluralismo familiar. Autonomia.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the possibility of legal recognition of atypical families, from a principled reading of the principle of affectivity and other principles such as dignity, autonomy, freedom and plurality of family entities. Atypical families are increasingly present in contemporary times, however, there is a resistance from the judiciary to recognize them as a family entity, even though there is a constitutional provision that provides that the family, as the basis of society, must be protected by the State. To reflect on the proposed problem, an exploratory, inductive and discursive research was carried out, using doctrines and decisions, to demonstrate that society is dynamic and the law must accompany social facts. And, therefore, as affectivity is the basis for the recognition of family entities, the State cannot deny any family formation if there is its presence, as well as the requirements of stability and ostensibility. Thus, it is recognized that the principle of affectivity is a constitutive and distinctive bond of the family entity, with the State having a command of action to recognize atypical family entities. Furthermore, the reading of affectivity as a principle that guarantees the recognition of atypical family entities seeks to promote eudemonia and guarantee fundamental rights such as dignity, equality, autonomy and freedom of the members that make up the contemporary family entity.

Keywords: Atypical families; Principle of affectivity; Family pluralism. Autonomy.

RESUMEN

Esta tesis tiene como objetivo analizar la posibilidad de reconocimiento jurídico de las familias atípicas, desde una lectura principista del principio de afectividad y de otros principios como la dignidad, la autonomía, la libertad y la pluralidad de entidades familiares. Las familias atípicas están cada vez más presentes en la época contemporánea, sin embargo, existe una resistencia del poder judicial a reconocerlas como entidad familiar, a pesar de que existe una disposición constitucional que establece que la familia, como base de la sociedad, debe ser protegida por la Expresar. Para reflexionar sobre el problema propuesto se realizó una investigación exploratoria, inductiva y discursiva, utilizando doctrinas y decisiones, para demostrar que la sociedad es dinámica y el derecho debe acompañar a los hechos sociales. Y, por tanto, siendo la afectividad la base para el reconocimiento de las entidades familiares, el Estado no puede negar la formación de ninguna familia si existe su presencia, así como los requisitos de estabilidad y ostentación. Así, se reconoce que el principio de afectividad es un vínculo constitutivo y distintivo de la entidad familiar, teniendo el Estado un mandato de acción para reconocer las entidades familiares atípicas. Además, la lectura de la afectividad como principio que garantiza el reconocimiento de las entidades familiares atípicas busca promover la eudamonía y garantizar derechos fundamentales como la dignidad, la igualdad, la autonomía y la libertad de los miembros que integran la entidad familiar contemporánea.

Palabras clave: Familias atípicas; Principio de afectividad; Pluralismo familiar. Autonomía.

LISTA DE ABREVIATURAS

ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas

a.C - antes de Cristo

ADFAS - Associação de Direito de Família e das Sucessões

ADIN - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Anoreg - Associação dos Notários e Registradores do Brasil

Art. - Artigo

Arts. - Artigos

Atual. - Atualizada

BA - Bahia

BR - Brasil

Cân - Cânone

CC - Código Civil

CGJ/RJ - Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CR - Constituição da República Federativa do Brasil

Coord. - Coordenador

CPC - Código de Processo Civil

d. C - depois de Cristo

Des. - Desembargador

D.J. - Data do Julgamento

DUDH - Declaração Universal de Direitos Humanos

Ed. - Editor

FAC - Faculdade Arquidiocesana de Curvelo

FAP - Faculdade Arquidiocesana de Pirapora

IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

N. - número

Org. - Organizador

P. - página

PC do B/SP - Partido Comunista do Brasil São Paulo

PDT-PE - Partido Democrático Trabalhista Pernambucano

PSB/BA - Partido Socialista Brasileiro Bahia

rev. - Revisada

Rel. - Relator

RE - Recurso Extraordinário

Resp. - Recurso Especial

RS - Rio Grande do Sul

SP - São Paulo

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJRS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSC - Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Trad. - Tradução

UJUCASP - União dos Juristas Católicos de São Paulo

V. - volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 29

2 A FAMÍLIA E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA 33
2.1 A família primitiva 34
2.2 A família no Direito Romano 39
2.3 A família na Idade Média 46
2.4 A família na Idade Moderna 50
2.5 A família contemporânea a partir de uma visão civil-constitucional 55

3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA COMO MARCO PARA O RECONHECIMENTO DE NOVAS ENTIDADES FAMILIARES 63
3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana 67
3.2 Princípio da igualdade 71
3.3 Princípio da autonomia privada 74
3.4 Princípio da intervenção subsidiária do Estado nas relações privadas 78
3.5 Princípio da boa-fé objetiva 81
3.6 Princípio da pluralidade das entidades familiares 85
3.7 Princípio da não monogamia 87

4 ARRANJOS FAMILIARES 95
4.1 Famílias eudemonistas 96
4.2 Tipos de família 98
4.2.1 Casamento 98
4.2.2 União estável 101
4.2.3 Família monoparental 105
4.2.4 Família homoafetiva 107
4.2.5 Família anaparental 109
4.2.6 Família reconstituída 112
4.2.7 Família simultânea ou paralela 116
4.2.8 Famílias poliafetivas 120

5 A CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO COMANDO DIRECIONADO PARA O ESTADO RECONHECER FAMÍLIAS ATÍPICAS 124
5.1 Como a psicanálise auxilia na compreensão da afetividade como elemento fundador da família? 128
5.2 A afetividade como elemento integrante para o reconhecimento de novas entidades familiares 134
5.3 Afetividade: uma questão principiológica? 138
5.4 A afetividade como comando direcionado ao Estado 148

6 AUTONOMIA PRIVADA, DIGNIDADE E PLURALISMO FAMILIAR COMO FUNDAMENTO PARA O RECONHECIMENTO DE FAMÍLIAS ATÍPICAS 158
6.1 A aplicabilidade do princípio do pluralismo familiar, autonomia e da dignidade da pessoa humana 159
6.2 O reconhecimento das entidades atípicas na jurisprudência brasileira 164

6.2.1 Casos emblemáticos de Tupã/SP e Rio de Janeiro e as escrituras públicas de união poliafetiva.....164
6.2.2 Caso do bom baiano e o Recurso Extraordinário de Repercussão Geral nº 1045273 173
6.3 A igualdade, o ativismo judicial e a negação de direitos às famílias atípicas 184

7 CONCLUSÃO 192

REFERÊNCIAS.....198

1 INTRODUÇÃO

O direito privado procura proteger os interesses existenciais e patrimoniais da pessoa dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, o qual busca garantir a efetivação dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

Nesse contexto, o direito das famílias, como ramo do direito privado, sofreu, nos últimos tempos, várias transformações decorrentes das mudanças da sociedade, das formas de se pensar, das novas necessidades, passando a ser compreendido com um novo cenário que preocupa com o ser, com a realização da pessoa e não mais com o ter.

Aquela ideia de que a família é apenas a tradicional, formada pelo casamento, identificada por ser patrimonialista, hierarquizada, patriarcal, foi ampliada pela formação afetiva pautada na solidariedade, caracterizada como plural, funcionalizada e igualitária.

Os agrupamentos de pessoas passam a ser considerados como entidade familiar a partir da presença de três elementos fundamentais: afetividade, estabilidade e ostensibilidade. E, cada vez mais, a sociedade se liberta das amarras do tradicionalismo e de arcaicos paradigmas que estão sendo quebrados com a interpretação do artigo 226 da Constituição da República de 1988, que permite o reconhecimento de uma pluralidade de entidades familiares.

Como mencionado, a nova leitura do direito a partir da realidade social e do atual cenário de relacionamentos, baseada no Estado Democrático, autonomia privada e liberdade de escolhas, fez surgir entidades familiares atípicas que têm o afeto como fundamento para a sua constituição.

O grande problema é que essas famílias não se amoldam às estruturas típicas que são as famílias previstas e já reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro e constituem um modelo diferenciado, que se diverge da monogamia, considerada princípio jurídico estruturante.

Nos últimos tempos, tem sido grande o número de demandas judiciais em busca de reconhecimento dessas famílias atípicas, ou seja, as que não têm previsão legal e, consequentemente, não possuem garantidos os efeitos jurídicos patrimoniais. Embora essas formações familiares estejam presentes na sociedade, ainda pairam dúvidas quanto à possibilidade do seu reconhecimento, além da insegurança existente

com essas novas formas de manifestação de afetividade, principalmente, com a discussão se o afeto é ou não princípio jurídico.

Diante do exposto, tem-se a seguinte problemática: A partir de uma leitura principiológica, baseada na dignidade, autonomia privada, isonomia, pluralismo familiar, afetividade e liberdade de escolha, é possível o reconhecimento jurídico de famílias atípicas como entidade familiar?

Levando-se em conta o problema proposto, percebe-se que existe uma negativa de direitos fundamentais à essas entidades familiares. Contudo, a partir de uma leitura do direito em conformidade com o Estado Democrático, é necessário garantir dignidade e liberdades individuais, com uma mínima intervenção do Estado nessas manifestações de afetividade configuradoras de entidades familiares.

A partir de uma visão metodológica é desenvolvida uma pesquisa com finalidades descritivas e explicativas, ou seja, essa pesquisa busca descrever e caracterizar um fenômeno bem como justifica-lo e identificar as suas razões. No caso deste estudo, o fenômeno descrito é a constituição das famílias atípicas, inserido em um debate em torno da dignidade, afetividade, autonomia privada, isonomia, pluralismo familiar e liberdade de escolha. Avançando no alcance dos objetivos propostos, a explicação será construída na direção de verificar se os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade podem ser considerados como elementos constitutivos das novas formas de entidades familiares.

Para que fosse possível responder ao problema em tela, o caminho da pesquisa qualitativa, com viés interdisciplinar, foi o mais adequado. Assim, busca-se conciliar estudos dos campos do Direito e da Psicologia, notadamente por meio da diferença entre afeto e afetividade, para construir a ideia de como esta pode ser um comando direcionado para o Estado no reconhecimento de novas famílias atípicas.

No desenvolvimento da tese, foi realizado uma pesquisa bibliográfica e documental, apoiada em doutrinas, periódicos, legislações e jurisprudências. A partir da exploração do material bibliográfico e empírico, foi possível construir o conhecimento proposto, tendo sido organizado nesta introdução e mais 5 capítulos, descritos na sequência.

O segundo capítulo traz uma contextualização histórica do direito das famílias dentro de uma perspectiva do direito civil-constitucional, passando por toda uma transformação, que vai desde à família primitiva à atual semântica que prioriza pela realização da pessoa humana.

O terceiro capítulo aborda os princípios do direito das famílias que possibilitam uma interpretação mais aberta e que têm o intuito de abarcarem todas as situações envolvendo as relações entre particulares, uma vez que se vestem de cláusulas gerais, diferente das regras que, com o tempo, não conseguem alcançar as transformações da sociedade, que é dinâmica, inovadora, complexa e acelerada para o novo, para descobertas, para se desprender de um passado ditatorial.

O princípio da pluralidade das entidades familiares é uma cláusula de inclusão e não de restrição. Ele abarca as famílias tipificadas e os novos arranjos, conforme descreve o capítulo quarto, que trata de forma exemplificativa alguns tipos de família.

O quinto e sexto capítulos são os pontos centrais da pesquisa, onde é feita uma análise do princípio da afetividade como elemento presente para o reconhecimento das novas entidades familiares. Para isso, busca-se definir o seu conceito ao trabalhá-lo na condição de valor e de princípio jurídico e, em seguida, traz uma nova construção teórica a partir da teoria desenvolvida por Leonardo Macedo Poli (2019) que o interpreta como um comando direcionado para o Estado.

Ao final, discute-se essa possibilidade de reconhecimento de famílias atípicas a partir da efetivação da autonomia privada, dignidade, afetividade e pluralismo familiar. Para se chegar a uma resposta ao problema enfrentado, foi feito um estudo de casos sobre a situação das famílias poliafetivas no Brasil, e a ultrapassada posição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) proibindo as escrituras públicas de união civil poliafetiva, bem como as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que não reconheceram as uniões simultâneas para o rateio de pensão previdenciária.

É possível identificar que, quanto à temática sobre as famílias atípicas, não existe um posicionamento jurisprudencial e doutrinário unânime que venha reconhecê-las como entidades familiares, mas somente situações fáticas que têm carecido de um enfrentamento em sua definição bem como uma proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro. Somente através da reflexão e de uma releitura principiológica, pautada na autonomia privada, igualdade, pluralidade e dignidade da pessoa humana, é que se conseguirá resolver o conflito existente.

O que se buscou foi o reconhecimento de outras formas de família para além daquelas já tipificadas no texto constitucional, como meio de assegurar uma vida digna e a realização dos sujeitos através de suas escolhas no campo existencial, sem qualquer intervenção do Estado.

2 A FAMÍLIA E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

O tempo é um elemento essencial para mudanças, transformações e para a própria adaptação de um povo, de uma cultura, de um comportamento. Ele faz parte do desenvolvimento econômico, social, educacional, político e tecnológico de uma sociedade. E, para entender o presente, muitas vezes é importante compreender o passado e percorrer todo o caminho feito para chegar ao contexto atual.

O conhecimento histórico ajuda nessa compreensão do ser humano e o seu entorno, enquanto um ser que constrói, se reconstrói, se reinventa. A história não tem a função de repetir aquele conhecimento que foi reunido com o tempo, mas a de refletir sobre as transformações que foram ocorrendo ao longo dos anos, dos séculos e buscar não reproduzir os erros do passado, pelo contrário, a finalidade é crescer, fazer diferente e promover o bem-estar, segurança, melhores condições e qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

E por falar em história, a família enquanto agrupamento humano, biológico e social é uma das instituições mais antigas que se tem e que se encontra presente em todas as sociedades. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2016), ao modelarem a importância e a feição das famílias, afirmam que:

> Dúvida inexiste de que a família, na história dos agrupamentos humanos, é o que precede a todos os demais, como fenômeno biológico e como fenômeno social, motivo pelo qual é preciso compreendê-la por diferentes ângulos (perspectivas científicas), numa espécie de “paleontologia social” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 38).

Para o presente estudo, torna-se essencial conhecer a contextualização histórica da família e situá-la na atualidade. Assim, a história da família demonstra claramente as várias rupturas ocorridas para se chegar a esses novos arranjos familiares e a construção de um novo vínculo, não baseado apenas na biologia, mas também na afetividade.

Só é possível compreender as discussões das novas composições de família se voltar ao passado para rever o comportamento de uma sociedade e o rompimento de paradigmas que permitiram fazer uma leitura mais aberta e reconhecer a sociedade plural da atualidade, que deve se voltar para o respeito de todos e a garantia de direitos humanos como princípios fundamentais.

Segundo Maria Berenice Dias (2013, p.28), “a família é o primeiro agente socializador do ser humano. Somente com a passagem do homem do estado da natureza para o estado da cultura foi possível a estruturação da família”. Para entender sua atual função, concepção e a repersonalização das relações familiares, é preciso compreender as vicissitudes históricas, sociais, culturais e políticas que giraram em torno dessa instituição, e que foram fundamentais para esse novo olhar reconhecer e garantir direitos às novas formações familiares.

Conforme mencionado, é preciso revisitar a construção da família em seus vários tempos e contextos para desconstruí-la na contemporaneidade. Por diversas situações que estiveram presentes na família nos tempos primitivos, do direito romano, canônico, na idade média e moderna, são situações e modelos que até hoje as famílias adotam na prática e que, muitas vezes, não são aceitas e reconhecidas pela legislação. Assim, o objetivo do capítulo é de compreender os diversos períodos históricos vividos pela família e ligá-los com as transformações do direito das famílias na atualidade.

Assim, entende-se que a contextualização histórica do direito das famílias não ocorreu de forma linear, porque as suas transformações ao longo dos anos se deram por meio de rupturas, pois a sociedade em que o homem está inserido é dinâmica, plural e democrática, e vai se modificando conforme o tempo, o espaço e as formas de se viver e pensar.

Não se pretende esgotar o tema em questão, mas importante se fazer uma abordagem geral da construção histórica da família para se chegar a uma visão civil-constitucional contemporânea deste instituto.

2.1 A família primitiva

O estudo da família pré-histórica começou cerca de 2.500.000 anos e só teve fim por volta de 3.000 antes de Cristo, momento em que houve o surgimento da escrita. Esse termo foi criado em 1851, no século XIX, pelo fato dos historiadores relacionarem os povos com o desenvolvimento tecnológico. Todavia, como nesse período ainda não havia escrita, e considerando que o pensamento era o de que a história só passou a existir após a escrita, tudo que aconteceu antes da escrita era considerado pré-história (DIVISÕES, 2021).

Nesse período da pré-história, houve a colaboração de Engels (2020), o qual entendia que o contexto social vivido pelo homem em sua época está relacionado a dois fatores: um que foi o grau de desenvolvimento do trabalho, porque quanto menos o homem trabalha, pouco se torna a sua produção. Ademais, o outro fator que o autor menciona é a família com a influência dos laços de parentesco no regime social.

Baseando no livro de Bachofen[1], o estudo do histórico da família começa em 1861. Para Engels (2020), Bachofen descreve 4 teses acerca das relações familiares. A primeira delas se iniciou nos tempos primitivos, momento em que os homens viviam na promiscuidade sexual. A segunda entendia que esse tipo de comportamento dificultava o reconhecimento da paternidade, o qual delimitou que as relações de parentesco estabelecidas se dariam apenas na linha materna, fazendo com que, na terceira tese, a mulher dominasse as atividades de administração governamentais e, por último, na quarta tese, destacava-se a adoção da monogamia como regra, sob pena de transgressão de uma lei da Igreja[2].

Os modelos de família que se destacaram no período primitivo têm grande ligação com os estágios pré-históricos de cultura que se dividiam em:

> 1) Estado Selvagem: período em que predomina a apropriação de produtos da natureza, prontos para ser utilizados, sendo as produções artificiais do homem destinadas a facilitar essa apropriação; 2) Barbárie: período em que aparecem a criação de gado e a agricultura, com o início do incremento da produção, a partir da natureza, pelo trabalho humano; 3) Civilização: período que se inicia com a fundição do minério de ferro e a invenção da escrita alfabética, em que o homem amplia e complexifica a elaboração dos produtos naturais, período da indústria propriamente dita e da arte (MARCASSA, 2006, p. 85).

[1] Johann Jakob Bachofen nasceu em 1815 e morreu em 1887 (Basel), era um jurista suíço e escritor antropológico pioneiro cujo livro *Das Mutterrecht* é considerado uma importante contribuição para o desenvolvimento da antropologia social moderna .Bachofen foi professor e escreveu obras sobre o direito civil romano. Ele, no livro *Das Mutterrecht,* deu um avanço histórico científico na família ao considerá-la como uma instituição social e sugeriu que o direito da mãe precedeu o direito do pai. (JOHANN, 2020).

[2] Em várias passagens Bíblicas, identifica-se o posicionamento da Igreja em adotar a monogamia como único modelo a ser seguido. Pode-se dizer que a monogamia passou a ser adotada durante a Idade Média, com o apoio da Igreja Católica. Alguns trechos Bíblicos fundamentam essa adoção: este padrão adotado por Deus começa com as passagens de Gênesis onde fala de Adão e Eva: “21 Então o Senhor Deus fez cair um sono pesado sobre Adão, e este adormeceu; e tomou uma das suas costelas, e cerrou a carne em seu lugar; 22 E da costela que o Senhor Deus tomou do homem, formou uma mulher, e trouxe-a a Adão.23 E disse Adão: Esta é agora osso dos meus ossos, e carne da minha carne; esta será chamada mulher, porquanto do homem foi tomada. 24 Portanto, deixará o homem o seu pai e a sua mãe, e apegar-se-á à sua mulher, e serão ambos uma carne. 25 E ambos estavam nus, o homem e a sua mulher; e não se envergonhavam. (Gn, 2:21-25) e mais “5 E disse: Portanto, deixará o homem pai e mãe, e se unirá a sua mulher, e serão dois numa só carne? Assim não são mais dois, mas uma só carne.6 Portanto, o que Deus ajuntou não o separe o homem.” (Mt, 19:5-6). Com essas duas passagens é possível identificar a fundamentação bíblica para justificar a visão da Igreja em relação a monogamia.

Como demonstrado na citação acima, esses três períodos contribuíram para a evolução do Estado, esses três estágios se interligam entre si e pode-se entender que desde esse período a família já estava presente.

A história da família primitiva, abordada por Engels (2020), parte das contribuições do norte americano Lewis H. Morgan[3], que analisa os laços de parentesco formados entre as tribos localizadas no Estado de Nova York, bem como analisa as *gens* iroquesa[4] que era alicerçada num primeiro momento no direito materno e, posteriormente, no direito paterno, presentes entre os povos da Antiguidade, como os gregos, romanos, celtas e germanos (MARCASSA, 2006).

Dentre as famílias existentes naquele período, encontra-se a família sindiásmica, presente entre o grupo de nativos norte americanos conhecidos como iroqueses. Ela se caracteriza por ser matriarcal e possibilitar a dissolução do casamento, de forma simples e fácil, além de possuir inúmeros vínculos de parentesco.

Engels (2020) citando Morgan dispõe que a família:

> [...] é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado. Os sistemas de parentesco, pelo contrário, são passivos, só depois de longos intervalos registram os progressos feitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já modificou radicalmente (ENGELS, 2020, p. 36-37).

Dessa forma, os diversos tratamentos que se davam ao parentesco existente e as formas de família constituídas no período primitivo diferem do que se entende hoje por entidades familiares. Isso porque, antes, cada filho possuía vários pais e mães, devido à prática de poligamia pelos homens e da poliandria pelas mulheres, motivo

---

[3] Segundo a biografia de Lewis H. Morgan ele é antropólogo, etnólogo e escritor, residente cinco milhas ao sul de Aurora, New York. Formado em direito e estudioso de questões relacionadas aos iroqueses. Sua grande relevância foi o seu estudo sobre parentesco e chegou a desenvolver uma teoria sobre a evolução cultural do homem, que ocorria em três etapas: selvageria, barbárie e civilização. (NETSABER. Disponível em: http://biografias.netsaber.com.br/biografia-2510/biografia-de-lewis-henry-morgan. Acesso em 16 out. 2021).

[4] A gens iroquesa foi descoberta por Morgan relaciona que os grupos consanguíneos que possuem nomes de animais dentro de uma tribo de índios americanos são idênticos às genea dos gregos e às gentes dos romanos e que os americanos possuem a forma original da gens, sendo os iroqueses possuidores de oito gens com os mesmos costumes. (NASCIMENTO, 2016. Disponível em: https://encenasaudemental.com/cinema-tv-e-literatura/familia-propriedade-privada-e-estado-genese-comum/. Acesso em: 16 out. 2021).

pelo qual depois os indivíduos passaram a viver em relações monogâmicas (ENGELS, 2020).

Desde o estágio primitivo, existia a família consanguínea em que não havia envolvimento sexual entre pais e filhos, mas sim entre irmãos, havendo relações mútuas e endógenas. As famílias eram formadas através de grupos de gerações, ou seja, irmãos são entre si cônjuges, os filhos dos irmãos também são entre si cônjuges, e assim por diante.

Na família punaluana não existia relações sexuais entre irmãos, acabando-se por proibir o casamento entre primos, chamados naquela época de irmãos carnais, incentivando a formação de novas comunidades. Punalua na definição de Engels (2020, p. 47) quer dizer “companheiro íntimo, como quem diz ‘associe’”, ou seja, o traço característico dessa família “era a comunidade recíproca de maridos e mulheres no seio de um determinado círculo familiar, do qual foram excluídos, todavia, no princípio, os irmãos carnais, e, mais tarde, também os irmãos mais afastados das mulheres” (ENGELS, 2020, p. 47-48), o que conseguia apenas identificar nessas famílias grupais a mãe. Essa forma de família permitiu o surgimento de novos parentescos, como sobrinhos e primos, e o incesto passou a ser visto como uma prática proibida.

Já a família sindiásmica, notada como matriarcalista, como já mencionado, se caracterizava por uniões a dois, sendo impossíveis as uniões grupais devido às proibições impostas de casamento entre os parentes consanguíneos. Entre boa parte dos índios e os iroqueses na fase inferior da barbárie que veio com a produção de cerâmica, por exemplo, se tornou proibido o casamento entre os parentes, o que dificultava as uniões por grupos. Todavia, ainda que as relações conjugais passassem a ser por pares, era permitido a poligamia e a infidelidade por parte do homem, sendo imposto à esposa fidelidade conjugal, sob pena de sofrer penalidades em casos de infidelidade (ENGELS, 2020).

Contrariamente aos livros de história, em que sempre se descreve a mulher como um ser que era dominada e submissa ao homem, Engels (2020, p. 58) traz o entendimento diverso de que na origem da sociedade “entre todos os selvagens e em todas as tribos que se encontram nas fases inferior, média e até (em parte) superior à barbárie, a mulher não só é livre como, também muito considerada”, elas eram uma força na *gens*.

Todavia, no velho mundo, o homem começou a adquirir riquezas através do desenvolvimento agrário, sendo que, com a criação de gado, se tornou mais importante que a mulher, aparecendo como o chefe da família e garantidor de herança aos filhos, já a mulher tornou-se dominada pelo homem, tendo sua função como sendo apenas reprodutora. O homem, por sua vez, exigia que a mulher fosse fiel para garantir herança a seus filhos (VIEGAS, 2020b).

Entre a fase média e a fase superior da barbárie, a família sindiásmica se transformou em família monogâmica, sendo o patriarcalismo como ponto central dessa mudança e, "a antiga liberdade sexual, foi, aos poucos, sendo substituída pela monogamia, gerando uma sociedade essencialmente hipócrita, pois trouxe junto com ela o heterismo[5]" (VIEGAS, 2020a, p. 45-46) que eram as relações extraconjugais praticas pelos homens casados.

O aparecimento da monogamia na história não aconteceu sob o entendimento de que o amor sexual seria unicamente entre o casal, "pelo contrário, ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, como a proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então, na pré-história" (ENGELS, 2020, p. 80).

Ao descrever essa família monogâmica, Marcassa (2006) diz que havia uma primazia do homem que desempenhava o papel de ser o procriador dos filhos, já a mulher não passava de mãe de seus filhos.

Esse modelo de família monogâmica não preponderava em todos os lugares, há relatos de que no direito romano, a mulher era mais livre, podendo esta pôr fim ao casamento a qualquer tempo, o que diferencia do que existia entre os gregos, que mantinham a forma de monogamia tradicional e rígida (VIEGAS, 2020a).

A menção de casamentos arranjados nos filmes e na literatura são confirmados entre as classes dominantes desde o aparecimento da família sindiásmica. O amor conjugal quase nunca existiu.

Como se pode perceber, a família primitiva é descrita sobre três formas fundamentais de matrimônio, qual seja:

[5] Nas palavras de Engels (2020, p. 81), "o heterismo é uma instituição social como outra qualquer e mantém a antiga liberdade sexual [...] em proveito dos homens. Embora seja, de fato, não apenas tolerado, mas praticado livremente, sobretudo pelas classes dominantes, ele é condenado em palavras. E essa reprovação, na realidade, nunca se dirige contra os homens que o praticam, e sim somente contra as mulheres, que são desprezadas e repudiadas, para que se proclame uma vez mais, como lei fundamental da sociedade, a supremacia absoluta do homem pelo sexo feminino".

> Ao estado selvagem corresponde o matrimônio por grupos, à barbárie, o matrimônio sindiásmico, e à civilização corresponde a monogamia com seus complementos: o adultério e a prostituição. Entre o matrimônio sindiásmico e a monogamia, intercalam-se, na fase superior da barbárie, a sujeição aos homens das mulheres escravas e a poligamia (ENGELS, 2020, p. 90).

Nesses três estágios, percebe-se a configuração da família primitiva através desses formatos de matrimônio, o que demonstra que a família monogâmica nem sempre existiu, ela na verdade é uma construção humana e que foi se amoldando conforme interesses socioeconômicos.

No período primitivo, embora existam várias divergências entre os autores sobre sua descrição, é possível compreender que a família foi a primeira forma de organização social. Wolkmer (2010) contribui que:

> De todos os sistemas de regras legais das sociedades primitivas, o destaque maior é atribuído ao direito matrimonial. Não só é o mais abrangente sistema legal, como o fundamento essencial dos costumes e das instituições. A força do direito matriarcal define que o parentesco só se transmite através das mulheres e que todos os privilégios sociais seguem a linha materna. Daí decorre a rigidez da lei primitiva com relação ao comércio sexual dentro do clã, fundamentalmente, no que se refere ao crime de incesto (principalmente com a irmã) que gera práticas de punição mais severas (WOLKMER, 2010, p. 11).

Ainda o autor complementa que há uma “fragilidade das teses evolucionistas que dão conta de que o direito primitivo passou por uma longa progressão constituída pela comunhão de grupos, pelo matriarcado, patriarcado, clã e tribo” (WOLKMER, 2010, p. 11). Dessa forma, devido à existência de várias dúvidas do que efetivamente aconteceu nesse período, não houve uma evolução sistemática. Não se sabe ao certo se ocorreu o período de matriarcado e depois se transformou para o patriarcado.

Contudo, é possível observar que nesse período não houve nenhuma construção familiar com base na afetividade (VIEGAS, 2020a), embora não se pode desconsiderar o fato de que as mudanças na estrutura familiar ocorridas ao longo dos tempos, conforme as transformações sociais e culturais dos povos primitivos, foram fundamentais para o surgimento dos novos arranjos familiares.

2.2 A família no Direito Romano

Importante estudar como era a estrutura familiar no período romano, uma vez que o Direito Civil brasileiro teve grandes influências do Direito Romano, principalmente, na construção do Código Civil de 1916.

O Direito Romano ainda é vivo em alguns institutos do direito privado, como no direito de propriedade, adoção, direito das obrigações (VERAS NETO, 2010). No direito das famílias, a sua influência ainda se encontra presente em algumas concepções de que se tem hoje de família e de alguns de seus institutos como do casamento.

Para fins de situar o contexto histórico de Roma, algumas informações breves são importantes de serem mencionadas. Roma foi fundada em 754 a.C. e terminou com a morte do imperador Justiniano. Roma foi dividida em diversas formas de governo que tiveram suas características próprias. Cada época teve mudanças específicas no campo social, político e cultural. E o seu governo era composto por algumas etapas cronológicas que são o período da Realeza, que vai desde as origens de Roma até a queda da realeza, que ocorreu no ano de 510 a.C.; período da República, do ano 510 a.C. a 27 a.C., momento em que o Senado investiu em Otaviano o denominando como príncipe e com poderes supremos; período do principado que foi de 27 a.C a 285 d. C., com o início do dominato por Diocleciano, e, o último período, chamado de período do dominato que foi de 285 a. C. a 565 d. C., data em que morreu Justiniano (VERAS NETO, 2010).

Alguns autores descrevem a divisão do período acima como de história externa, por analisar as fontes de cognição do direito, as instituições políticas e as jurisprudências romanas, e usam a chamada história interna para estudar as instituições de direito privado, que se dividem em três fases: a primeira conhecida como período do direito antigo ou pré-clássico, que vai das origens de Roma à Lei Aebutia, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a.C., embora não se sabe ao certo a data; a segunda, que compreende o direito clássico, que vai até término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.; e a terceira e última fase, composta pelo direito pós-clássico ou romano-helênico até a morte de Justinianeu em 565 d.C. (ALVES, 2012).

Todavia, essa divisão do tempo histórico é apenas para fins organizacionais e didáticos, isso porque a história não se divide em partes, uma vez que a evolução das instituições com suas transformações em torno dos costumes e hábitos não acontece

de um dia para o outro, e sim através de várias rupturas e mutações da vida em sociedade, que ocorrem no decorrer da história.

Assim também foi a construção da família no direito romano, que sofreu várias mudanças nesse período e que foram importantes para as diversas transformações e novas roupagens que se tem hoje no direito das famílias.

A família romana não tinha como princípio elementar a geração, já que os graus de parentescos entre seus membros eram tratados com diferença, mesmo sendo da mesma linha, como é o caso da consideração que se tinha entre o irmão e a irmã dentro da família. A afeição pelo outro também não foi um princípio para constituição da família, isso porque “o que une os membros da família antiga é algo mais potente que o nascimento, o sentimento, a força física: é a religião do lar e dos antepassados” (FUSTEL DE COULANGES, 2009, p. 53).

E Fustel de Coulanges (2009, p. 53) complementa ao afirmar que não tem dúvida alguma de que a família não foi criada pela religião, mas que “certamente foi ela que lhe deu normas, e vem daí que a família antiga teve uma constituição tão diferente da que teria tido se os sentimentos naturais tivessem sido os únicos a fundamentá-la”.

A família do Direito Romano, composta por um grupo de pessoas, seguia a religião doméstica, no sentido de que cada família tinha o seu Deus específico. O culto aos mortos ou aos antepassados era outra tradição da família romana que ocorria apenas entre os parentes mais próximos. Para Nogueira (2010, p. 114), “a família romana e grega, por semelhança, traduzia o tipo de uma organização política cujo princípio básico era a autoridade, e esta abrangia todos quantos a ela estavam submetidos”, deste modo, o pater famílias exercia a função de chefe da família, chefe político, sacerdote e juiz.

A religião era tão significativa nesse momento da história que chegou a influenciar a constituição de institutos como casamento, parentesco, direito de propriedade e autoridade paterna (NOGUEIRA, 2010).

Na visão de Fustel de Coulanges (2009), o casamento foi a primeira instituição fundada pela região doméstica. E o perecimento da religião culminava na extinção da família. A mulher, ao se casar, deixava de fazer parte do culto da família do pai e desligava-se completamente dela, pois passava a pertencer à família do marido e à religião dele, “doravante ela é filha do seu marido*, filiae loco,* dizem os jurisconsultos” (FUSTEL DE COULANGES, 2009, p. 59).

Segundo Rolim (2003, p.159), os romanos “sempre foram monogâmicos e o casamento para eles, além de ser a forma legal de coabitação de duas pessoas de sexos distintos, com a intenção de procriar e educar os filhos, constituía também uma comunidade absoluta de vida”.

O casamento, que era uma união entre um homem e uma mulher, se caracterizava por ser uma comunhão indissolúvel e indivisível de vida. Ele era dividido em duas espécies: *cum manu* e *sem manu*.

No casamento *cum manu*, a mulher passava a fazer parte da família de seu marido e se tornava subordinada ao pater famílias de seu esposo e os bens que levava ficavam sob a administração dele. Uma particularidade desse tipo de casamento é devido ao fato de que, se o marido era o chefe da família, a esposa era considerada filha dele e irmã de seus próprios filhos. Todavia, se o marido ainda fosse dependente do poder de seu pai, sua esposa era neta do sogro e filha do seu marido (ROLIM, 2003).

Nessa modalidade existiam três tipos de casamento: *confarreatio, coemptio* e *usus*. O *confarreatio* desapareceu no final do século I a.C., era o mais antigo e existia entre a classe patrícia que o celebrava com muita solenidade. O *coemptio*, extinto nos primeiros séculos d.C., era exclusivo dos plebeus e a mulher era vendida ao marido de forma simbólica, isso porque os noivos compareciam a uma espécie de funcionário público que era conhecido como *librepens* e na balança que possuía “de forma simbólica, era pesado o pagamento que o noivo fazia ao pai da noiva, pela entrega de sua filha” (ROLIM, 2003, p.159). E, por último, o *usus*, que era uma preparação para o casamento, onde o marido tomava posse da mulher pelo período de 01 ano, e após esse período o casamento se confirmava. Essa prática acabou aproximadamente no primeiro século antes de Cristo (ROLIM, 2003).

No casamento *sine manu*, outra espécie de casamento, a mulher não se subordinava ao marido e nem à família dele, mas continuava sendo sujeitada à obedecer ao pater família de sangue. O regime que se adotava era o de separação de bens e dava o direito à mulher de administrar os bens anteriores ao casamento. Tal prática de casamento acabou no século III d. C. com a substituição para o casamento *cum manu* (ROLIM, 2003).

O instituto do casamento era obrigatório. Sua finalidade não era o prazer, o afeto,

> [...] seu objetivo principal não era a união de dois seres que se gostam e querem associar-se na felicidade e nas tristezas da vida. O efeito do casamento, aos olhos da religião e das leis, era, a unir dois seres no mesmo culto doméstico, fazer que deles nascesse um terceiro capaz de dar continuidade a esse culto (FUSTEL DE COULANGES, 2009, p. 63).

A finalidade da família era a reprodução. A mulher, incapaz de gerar, se tornava inútil, o que permitia a invalidade do casamento. Já o homem, na condição de estéril, forçava a mulher a se deitar com algum parente seu para reproduzir, isso porque a família não deveria se extinguir (ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2012).

A adoção foi uma solução encontrada pelos antigos para perpetuar o culto doméstico, isso porque:

> A mesma religião que obrigava o homem a casar, que decretava o divórcio em caso de esterilidade, que, em caso de impotência ou de morte prematura, substituía o marido por um parente, oferecia também à família um último recurso para escapar à tão temida desgraça da extinção; esse recurso era o direito de adotar. “Aquele a quem a natureza não deu filhos pode adotar um, para que as cerimônias fúnebres não cessem” (FUSTEL DE COULANGES, 2009, p. 65).

A necessidade de manter o culto familiar fazia do celibato uma lástima, já que ele impedia a continuidade do culto. Nesse período, o filho vindo da união conjugal é que tinha permissão para dar sequência ao culto, já o filho bastardo não poderia prosseguir na tradição existente (VENOSA, 2018).

O *status familiae* era tão importante em Roma que era considerado cidadão a pessoa que tivesse esse estado acompanhado pelo *status civitatis* e *status libertatis*. E *status* significava qualidade jurídica que o indivíduo deveria ter para ser capaz para os atos da vida pública e para exercer seus direitos. A mulher já era considerada incapaz para a vida civil e dependia de um tutor para lhe representar. Solteiras eram chamadas de *alienjuris* e estavam sujeitas ao pátrio poder do chefe que era seu pai, casada, se submetia a autoridade do marido. Essa dependência só foi acabar com Justiniano (ROLIM, 2003).

O divórcio e a dissolução do casamento eram quase impossíveis. Se permitia a dissolução pelo *coemptio* ou por *usus*, contudo, a dissolução do casamento religioso era muito difícil de acontecer e, somente a religião, é que podia fazer a separação. Com o divórcio cessava a comunidade do culto e, consequentemente, todas as outras comunidades de direito (FUSTEL DE COULANGES, 2009).

O casamento poderia ser dissolvido *cum manu* ou *sine manu*. Embora o fim do casamento *cum manu* era mais raro de acontecer, o esposo poderia repudiar[6] a mulher e excluí-la da sua família em caso de infrações graves. A anulação do casamento *cum manu* ocorria pela *diffarreatio*, que era uma espécie de divórcio, uma cerimônia inversa da *comfarreatio*, e através da *mancipatio*, que era uma forma de repúdio para os casamentos ocorridos através da *coemptio* e *usus*, podendo o marido vender a mulher para outro homem. Já na dissolução *sine manu* não havia formalidade, e sim ocorria pela simples vontade do casal (ROLIM, 2003).

Raridade entre os primórdios de Roma, o divórcio se tornou habitual em meados da República, isso se deu devido ao fato de que “a partir do século I a. C., os valores morais e religiosos foram sendo relegados a um segundo plano, substituídos pela licenciosidade e inversão dos valores deixados pelos antepassados” (ROLIM, 2003, p. 167). Nesse sentido, e com “novos deuses e costumes, lutas fratricidas e a corrupção no poder, tudo isso fez com que a tradição, o patriotismo e o respeito pela família romana fossem sendo olvidados pelo povo” (ROLIM, 2003, p. 167), causando a diminuição das cerimônias de casamento e provocando o aumento do divórcio.

A situação chegou ao ponto de Augusto, na condição de imperador, criar um código matrimonial que obrigavam homens e mulheres a partir de uma certa idade se casarem e terem filhos, viúvas e divorciados teriam que se casar novamente, no prazo máximo de 2 anos após a viuvez ou da separação do outro cônjuge. E, para aqueles que casavam e tinham filhos, recebiam privilégios como aqueles que tivessem mais de três filhos poderiam ocupar cargos público em Roma, ou se tivessem quatro filhos na Itália ficavam isentos de determinados tributos. Essas leis ficaram válidas até 540 d. C., sendo revogadas por Justiniano (ROLIM, 2003).

No império de Justiniano, o divórcio poderia ocorrer de quatro formas: a primeira forma seria por mútuo consentimento, o chamado *communi consenso*, como o próprio nome diz, precisaria do acordo de ambos, e sendo os pais vivos, a autorização deles também se fazia necessária; a segunda forma seria o divórcio unilateral ou por justa causa em casos de fatos graves provocados por um dos

[6] Nos primeiros tempos de Roma apenas o marido poderia repudiar a esposa. O jus civile estabelecia os motivos para que o repudio acontecesse que era em casos de adultério, aborto criminoso, desconhecido pelo marido e quando a mulher fosse hébria contumaz. O repúdio em caso de bebida alcoólica era infração gravíssima ao marido e à sua família. Nas outras hipóteses ela recebia metade de seus bens e a outra ficava para doação aos deuses. O repúdio era feito de forma oral ou via carta, sem possibilidade de questionamento (ROLIM, 2003).

cônjuges, podendo a mulher ser internada num convento caso ela tivesse cometido o ato grave e, caso fosse o marido, ele se responsabilizaria em pagar uma pena pecuniária conforme a gravidade do delito; a terceira forma seria a *bona gratia* que ocorria em situações não imputáveis à parte como voto religioso de castidade, loucura, impotência incurável; e a última hipótese consistia no repúdio sem justa causa propiciado pelo abandono de um dos cônjuges sem justificativa. Aquele que rompesse o casamento, sem motivo justificável, pagava um valor pecuniário ao outro cônjuge (ROLIM, 2003).

Além do matrimônio, o concubinato entre homem e mulher consistia numa união extraconjugal estável. Em um primeiro momento, no período republicano, o concubinato, considerado união de fato, não reconhecida pelo direito e praticada por uma mulher ingênua e da alta sociedade, recebia punição do seu pater famílias com as penas do stuprum[7] (ALVES, 2012).

Até o direito pós-clássico, as diferenças entre cônjuges e concubinos se davam na exteriorização da posse de estado de casados, como ocorre hoje no direito brasileiro, e não através do ato solene perante um juiz de paz ou pela certidão de casamento.

No período clássico, não havia efeitos jurídicos nas relações formadas pelo concubinato e, no direito pós-clássico, o concubinato, embora fosse um instituto jurídico, como forma de desprestigiar o instituto, acabava dando uma condição inferior à concubina e a seus filhos. Tal medida acabava forçando os concubinos a legalizarem a união através do casamento. No direito justinianeu,

> [...] deixam de ser crime as relações extraconjugais com mulher ingênua e de categoria social elevada; mas- e não se sabe se esse regime surgiu com Justiniano, ou se já existia no tempo dos imperadores cristãos-, exigem-se certos requisitos para que haja concubinato: a) que os concubinos tenham atingido a idade conjugal; b) que, com relação a eles, não existiam os impedimentos matrimoniais relativos ao parentesco e à afinidade; e, que o concubinato seja rigorosamente monogâmico (daí quem tem esposa não pode ter concubina, nem o concubino pode ter mais que uma concubina) (ALVES, 2012, p. 673).

No Baixo Império, o patriarcalismo foi perdendo sua força devido a uma maior influência tanto da filosofia grega quanto do Cristianismo. O Estado romano passou a

[7] O *stuprum* significava a prática de ato sexual com mulher não casada e de respeitável status (CANELA, 2012).

impor as regras da convivência no âmbito familiar, o que enfraqueceu o poder do pater família.

Dessa forma, “com o advento do Cristianismo, o casamento elevou-se à ideia de sacramento, gênese da família cristã, passando o Direito Canônico a influenciar o seio familiar, combatendo tudo que pudesse desagregá-lo” (SOALHEIRO, 2019, p.28). E, as uniões livres foram condenadas pelo Cristianismo, sendo estabelecido o casamento como sacramento (VENOSA, 2018).

Para Viegas (2020a), essa mudança ocorreu no século IV, no período de Constantino na Idade Média, onde a concepção cristã de família se fundava no casal e seus filhos através do sacramento do matrimônio. Nesse período, “impunham-se aos nubentes obrigações morais e deveres afetivos, retirando o cunho materialista e utilitário de outrora” (VIEGAS, 2020, p. 66a).

Através de uma análise bem superficial do direito romano, pode-se perceber que ele teve grande influência histórica no tocante ao direito das famílias, seu conceito, finalidade, princípios, regras e no que se considera como família legítima. Mais uma ruptura do direito das famílias se dá na idade média e que teve forte influência a igreja, conforme será abordado no próximo tópico.

2.3 A família na Idade Média

Os pensadores pré-renascentistas e renascentistas, para nomear um período da história entre a Antiguidade e a Renascença, utilizaram a expressão Idade Média. Esse período foi de transição da Antiguidade para a Idade Moderna, momento do desaparecimento do Império Romano e o surgimento de novas organizações como o Feudalismo. Nesse período, a Europa passou por transformações tanto na política quanto na vida social e econômica (SCHIPANSKI; PONTAROLO, 2009).

A Idade Média, numa visão renascentista, ocorrida entre a Antiguidade e a Renascença, se caracterizou por ser considerada, durante muito tempo, um período ligado à sensibilidade, imaginação romântica, pelas lendas e tradições. A Idade Média representa uma mistura de fé, batalhas, da arte, surgimento das universidades, apelo à natureza, inovações na agricultura, dentre outras (SCHIPANSKI; PONTAROLO, 2009).

O período que compreende a Idade Média vai do século V ao século XV, onde tem início com a queda do Império Romano do Ocidente e seu fim é a mudança para

a Idade Moderna. Ela se divide em Alta Idade Média e Baixa Idade Média. Para Schipanski e Pontarolo (2009), a Idade Média pode ter acontecido em um período mais longo da história, que se prolongava até o final do século XVIII, que se destacou pela Revolução Francesa e Industrial.

Quanto a instituição família nesse momento histórico, pode-se dizer que as relações familiares eram orientadas pelo direito canônico, o que fazia do casamento a única entidade reconhecida. Algumas características do direito romano ainda estavam presentes na Idade Média no que se referia ao pátrio poder e nas relações patrimoniais conjugais. O direito germânico também teve grandes contribuições nesse período (GONÇALVES, 2013).

O direito germânico “foi utilizado, como instrumento privilegiado na resolução de conflitos, tanto pelas suas características próprias quanto pela ausência de um poder judicial organizado, baseando-se na sistemática da prova” (SANTOS, 2010), e no contexto familiar, ele também se caracterizava pela existência do pátrio poder, todavia, esse pai não exercia esse poder sozinho, e sim dividido com a mãe.

Na visão de Gilissen (1995), a história da Europa Ocidental é marcada pelo patriarcalismo e desempenha um papel importante na organização social e jurídica, tanto das sociedades primitivas quanto das feudais. A solidariedade entre os familiares está presente quando um dos membros da família sofre alguma lesão e o outro membro o ajuda a vingar daquele que lhe causou mal. Por outro lado, todos os malefícios causados por um membro da família são de responsabilidade de toda a família. Assim que o Estado passa a ter o comando da ordem pública, a solidariedade familiar deixa de acontecer entre os membros da família.

Com o crescimento do Cristianismo houve uma transição desse modelo de família romana para o da Idade Média, isso porque a família romana “era uma unidade com multiplicidade funcional, a família cristã se consolidou na herança de um modelo patriarcal, concebida como célula básica da Igreja (que se confundia com o Estado) e, por consequência, da sociedade” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 51).

Essa transição do Direito Romano para o Direito Canônico provocou uma mudança na concepção de família, que deixou de ser uma formação de pessoas submetidas ao autoritarismo do pater famílias para o casamento como formação de pessoas unidas pelo matrimônio religioso (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013).

O casamento era regido pelo direito da Igreja, até o século XVI, tendo o cristianismo trazido grandes influências para o instituto do casamento e, também, do

divórcio. A base do casamento nesse período era o amor que, desde aproximadamente no século XII, era considerado sagrado e simbolizava a união de Cristo com a Igreja. Em um primeiro momento, a Igreja não interferia nas formalidades do casamento adotadas pelos povos romanos e germânicos, contudo, ela

> [...] admite, no entanto, desde esta época, certos impedimentos ao casamento. Lutando contra a poligamia, proíbe a bigamia; a existência de um casamento anterior não dissolvido constitui, portanto, um impedimento a um novo casamento. A endogamia e, sobretudo, o incesto, são igualmente combatidos; o casamento entre parentes muito próximos é proibido; o direito romano tinha-o proibido entre parentes até o quarto grau; o papa Gregório III, em 732, estende esta interdição até o 7º grau (GILISSEN, 1995, p.568).

A indissolubilidade do casamento imperava nesse período, o que dificultava o divórcio, já que alguns doutores da Igreja concordavam e outros discordavam. Os textos bíblicos, como por exemplo no Evangelho de Marcos, capítulo 10, versículo de 2-12, falam sobre o divórcio, demonstrando a indissolubilidade do matrimônio, pois o que Deus havia unido o homem não separava:

> 2 Alguns fariseus aproximaram-se dele para pô-lo à prova, perguntando: "É permitido ao homem divorciar-se de sua mulher?"
> 3 "O que Moisés ordenou a vocês?", perguntou ele.
> 4 Eles disseram: "Moisés permitiu que o homem lhe desse uma certidão de divórcio e a mandasse embora".
> 5 Respondeu Jesus: "Moisés escreveu essa lei por causa da dureza de coração de vocês.
> 6 Mas no princípio da criação Deus 'os fez homem e mulher'.
> 7 'Por esta razão, o homem deixará pai e mãe e se unirá à sua mulher,
> 8 e os dois se tornarão uma só carne'. Assim, eles já não são dois, mas sim uma só carne.
> 9 Portanto, o que Deus uniu, ninguém o separe".
> 10 Quando estava em casa novamente, os discípulos interrogaram Jesus sobre o mesmo assunto.
> 11 Ele respondeu: "Todo aquele que se divorciar de sua mulher e se casar com outra mulher, estará cometendo adultério contra ela.
> 12 E, se ela se divorciar de seu marido e se casar com outro homem, estará cometendo adultério" (BIBLIAON, 2021).

Outra passagem bíblica que expressa essa ideia de indissolubilidade é encontrada no Evangelho de Lucas, capítulo 16, versículo 18, que diz: "Quem se divorciar de sua mulher e se casar com outra mulher estará cometendo adultério, e o homem que se casar com uma mulher divorciada estará cometendo adultério" (BIBLIAON, 2021). Assim o adultério, e depois a heresia e a as sevícias graves de um cônjuge ao outro, são causas de separação.

Do século X ao século XVI, as questões relacionadas ao casamento e divórcio são decididas pelos tribunais eclesiásticos, e a Igreja deixa de regular os tribunais leigos com o direito costumeiro.

A ideia que se pregava que, para que o casamento fosse válido, deveria haver a consumação carnal vem da Baixa Idade Média. Os impedimentos que até hoje encontram-se presentes no Direito das Famílias foram elaborados pela Igreja no século XIII. Os impedimentos dirimentes geram nulidade do casamento, por serem de natureza grave, como a impotência anterior ao casamento, idade, entre pessoas casadas, dentre outros. Já os impedimentos proibitivos opunham-se ao casamento, mas continham penas de natureza espiritual. Posteriormente, o Código Civil de 1804 trouxe as duas espécies de impedimento (GILISSEN, 1995).

A Revolução Francesa veio permitindo a dissolução do casamento através do divórcio, pela vontade de ambos ou por várias causas, como a incompatibilidade de gênios. Devido a liberação e a facilitação do divórcio, fez-se com que causasse em Paris um enorme número de pedidos, o que, consequentemente, levou o Code Civil de 1804 a reagir, dificultando o procedimento e impondo condições para as causas que gerasse o divórcio, como adultério, injúria, sevícias e excessos entre os cônjuges e condenação de um deles a uma pena infamante. Todavia, como o catolicismo foi declarado a religião do Estado em maio de 1816, o divórcio foi suprimido como forma de dar uma satisfação para o Estado. Tal instituto se restabeleceu ao Code Civil somente em 1884, durante o período da III República, período em que a religião católica não era mais a religião do Estado (GILISSEN, 1995).

Mesmo diante de toda essa discussão acerca do divórcio, se poderia ou não acontecer, na visão da Igreja ele continuava sendo indissolúvel. O Cânone de 1983, que continha leis designadas por Deus, previa que “Cân. 1141 O matrimônio ratificado e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa, exceto a morte” (CÓDIGO DE DIREITO CANONICO, 2021, p. 78), e ainda de 0 que seria uma união sacramental para a vida toda conforme o “Cân. 1055 § 1. O pacto matrimonial, pela qual o homem e mulher constituem entre si o consórcio de toda a vida, por sua índole natural ordenado ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, entre batizados foi por Cristo Senhor elevado à dignidade de sacramento”, e o Código menciona que “Cân. 1134 Do matrimônio válido origina-se entre os cônjuges um vínculo que, por sua natureza, é perpétuo e exclusivo” (CÓDIGO DE DIREITO CANONICO, 2021, p. 73).

A indissolubilidade também é prevista no Código de Direito Canônico (2021, p. 73), ao dispor que “Cân. 1056 As propriedades essenciais do matrimônio são a unidade e a indissolubilidade que, no matrimônio cristão, recebem firmeza especial em virtude do sacramento”.

Vigorou por muitos anos o matrimônio enquanto união indissolúvel e perpétuo, mesmo hoje não tendo essa visão, é inquestionável que o direito canônico contribuiu na concepção do instituto do casamento, todavia, impediu e marginalizou uniões livres não matrimonializadas.

> Não se pode negar que o reconhecimento de outras modalidades de manifestação religiosa (em especial, a Reforma Protestante), bem como o movimento crescente de laicização do Estado (em que a Revolução Francesa é um símbolo de rompimento da estrutura tradicional, submetendo-a a um regime liberal e igualitário), terminou por gerar transformação na concepção social do casamento. Com efeito, as transformações que sofreu a sociedade ocidental, com a incorporação de novos valores, afetaram sobremaneira a família e, em especial, esse modelo único institucionalizado do casamento, que passou a ser questionado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p.114).

Esse rompimento com o sistema canônico possibilitou a existência do casamento civil, que é um ato formal celebrado por uma autoridade competente, podendo acontecer concomitantemente ao religioso. Nesse sentido, essa realidade de que não havia mais monopólio da Igreja Católica e a da separação das normas jurídicas do sistema canônico, foi demonstrada no Brasil com a promulgação do Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, oficializando o casamento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013).

O direito das famílias teve grande influência do direito canônico, razão pela qual se fez uma superficial análise de alguns pontos da história do instituto da família, onde foi possível perceber que ainda se tem resquícios de regras sagradas nos dias atuais, ademais, mesmo com as transformações da sociedade, ainda se tem a imposição da monogamia como modelo, o que leva à dificuldade para se reconhecer outras formas de entidade familiar.

2.4 A família na Idade Moderna

A Idade Moderna iniciou-se com a queda do Império Bizantino, em 1453, com a tomada de Constantinopla pelo Império Turco-Otomano. Essa época contribuiu para

as bases econômicas e sociais na sociedade contemporânea. Contrariamente à Idade Média, interpretada erradamente de Idade das Trevas, devido ao obscurantismo da religião e o domínio do catolicismo, a Idade Moderna, compreendida entre o século XV ao XVIII, foi marcada pela chegada dos Estados Nacionais, capitalismo, racionalismo, progresso, antropocentrismo. Tanto a cultura quanto a transformação da sociedade da era medieval para a era atual desenharam parte da sociedade que se tem hoje (DAUWE, 2008).

Não pode haver generalizações ao se tratar da Idade Moderna, porque cada região viveu uma história e um contexto diferente, não cabendo afirmar que as mudanças desse período ocorreram em todos os lugares da mesma forma.

A razão faz parte das atitudes de homens e mulheres na Idade Moderna, com destaque para racionalidade científica, que questionou a própria religião, gerando um embate entre ciência e religião. A era moderna também simboliza direito à liberdade, busca pela felicidade pessoal, inovação tecnológica, consumismo, presentes após a Segunda Guerra Mundial, período em que os Estados Unidos, se tornou sinônimo de modernidade (DAUWE, 2008).

Em cada época da história existem seus pontos positivos e negativos, não foi diferente na era moderna porque:

> A modernidade, época de tanto progresso para os europeus, foi também uma época de dominação e exploração para os demais povos do mundo. E foi em grande parte devido a essa exploração que a prosperidade europeia foi possível. Os conceitos europeus de modernidade simplesmente não percebem esse outro lado, bem ao contrário: criam a ilusão de uma era de progressos contínuos e universais, que levaria a humanidade ao bem-estar definitivo. Em suma, o conceito de modernidade é, em última análise, uma mitificação da história, com um caráter fortemente eurocêntrico, que termina por encobrir a violenta opressão que os exploradores oriundos desse continente exerceram sobre o restante do mundo (DAUWE, 2008, p. 9).

O patriarcalismo puritano, presente no direito canônico, deixou de existir e deu espaço para novas formas de vida.

> Com o tempo, porém, o patriarcalismo ocidental vê suas estruturas se balançarem, principalmente após as revoluções modernas e a vitória do livre pensar nos países democráticos. O golpe crucial é desferido pela Revolução Industrial, que tem início já no século XVIII. Com ela, a mulher se insere no mercado de trabalho, e a revolução da família começa. O golpe fatal ocorre nos idos de 1960, com a chamada Revolução Sexual, em que a mulher reclama, de uma vez por todas, posição de igualdade perante o homem. Reclama, enfim, um lugar ao sol (FIÚZA, 2012, p. 128).

Todavia, a queda do feudalismo, a Reforma Protestante e o declínio do poder da Igreja Católica também transformaram o olhar nas relações familiares. Na visão de Áries (2019), a família não era representada por um número grande de pessoas, ela se reduziu para uma relação de pais e filhos, sem empregados, escravos, amigos. A relação familiar se tornou mais intimista, passou a imperar a igualdade entre os filhos, isso porque “a partir do fim do século XVIII, a desigualdade entre os filhos de uma mesma família seria considerada uma injustiça intolerável” (ÁRIES, 2019, p. 188).

A família na era moderna não tinha a função de ser formada para gerar filhos e dar continuidade ao culto doméstico, nem mesmo desempenhava a função de unidade de produção, ou seja, “a família deixou de ser apenas uma instituição do direito privado para a transmissão dos bens e do nome, e assumiu uma função moral e espiritual, passando a formar corpos e almas” (ÁRIES, 2019, p. 194).

Essa transição aconteceu a partir do olhar para a educação, da preocupação dos pais em proporcionar conhecimento aos filhos, dos filhos ficarem em casa com seus pais, diferente do que acontecia na idade medieval, onde as crianças, principalmente das classes pobres, ficavam afastadas da casa de seus genitores.

A família moderna se destacou pela “necessidade de intimidade e, também, de identidade: os membros da família se unem pelo sentimento, o costume e o gênero de vida. As promiscuidades impostas pela antiga sociabilidade lhes repugnam” (ÁRIES, 2019, p. 195).

O mesmo autor menciona a ideia de um casamento realizado pelo sentimento do amor, já que o sentimento se torna presente nas relações familiares, principalmente da burguesa. A família passa ser mais igualitária, enfraquecendo o patrimonialismo presente no Direito Canônico (ÁRIES, 2019).

Assim, a família moderna se destaca pelo amor romântico, dando espaço para sentimentos recíprocos e os desejos carnais através do casamento. A família valoriza a divisão de trabalho entre o casal, em relação aos filhos a educação se torna fundamental, devendo ela ser proporcionada tanto pelo Estado quanto pelos genitores (ROUDINESCO, 2003).

A Revolução Francesa contribuiu para a formação da família moderna na medida em que transformou o pai, autoritário da família, em uma figura mais igualitária. A Revolução Industrial também foi importante por retirar a produção doméstica e transformou-a em econômica, por gerar trabalho externo tanto para a

burguesia quanto para o proletariado. As mulheres passaram a trabalhar no mercado externo, gerando transformações na estrutura familiar, por permitir se tornarem chefes de família, o que abalou o pátrio poder que tinha uma condição de inviolável.

De forma objetiva, a família moderna:

> [...] é fruto de duas feridas narcísicas infligidas pelos efeitos das Revoluções Francesa e Industrial sobre o sujeito ocidental entre meados do século XVIII e o início do XX. Tais feridas, que consistem na perda da origem divina do homem e na perda da plenitude do eu, deram início ao desmonte da figura mítica do pai e a ingerência de certas instituições estatais no âmbito privado (SANDA, 2007, p.17).

O Estado passou a se interessar pela família e, consequentemente, passou a ter o controle da vida privada das pessoas, principalmente nas famílias inseridas num contexto mais pobre, que tinham dificuldades de promover a educação dos filhos. Na classe burguesa, a mulher precisou mudar para não se tornar uma parasita sob a tutela do Estado. A mulher assumiu uma posição que o contexto da família tradicional não lhe proporcionava, o que contribuiu para o movimento feminista.

Essas mudanças no século XIX foram significativas e fizeram com que o casamento se caracterizasse por ser de companheirismo, uniões informais foram enxergadas de forma mais leve e regularmente aceitas, a família se torna mais nuclear e o número de divórcios aumentaram. No século XX, outras mudanças foram notórias como a exigência das mulheres por direitos iguais aos dos homens, jovens se transformaram em consumidores e os pais começaram a satisfazer os desejos dos filhos lhes dando condições intelectuais, alimentação adequada e cuidados com a saúde de forma a lhe proporcionarem um bem-estar na sociedade em que estavam vivendo (SANDA, 2007).

Sanda (2007) menciona que para os autores frankfurtianos,

> [...] o controle cada vez mais intenso do Estado, que se arvorou como substituto da figura paterna, acabou minando a capacidade de autodeterminação e autocontrole das famílias, solapando uma das principais fontes de coesão social para criar formas ainda mais constrangedoras do que as antigas, no que diz respeito a seu impacto sobre a liberdade individual e política (SANDA, 2007, p. 33).

O Código Civil francês trouxe previsões sobre o contrato e direitos do casamento, convenções antenupciais, regime de bens, dentre outras disposições sobre o instituto da família, servindo de modelo para o Código Civil brasileiro.

Já no Brasil, em 1824, foi criada a primeira Constituição, que garantia, no artigo 179, XVIII, a elaboração de um Código Civil baseado na justiça e equidade (BRASIL, 1824). Assim, surge o Código Civil de 1916, que teve influências do Direito Canônico, Direito Romano, além do Código Civil francês. Este código, esboçado e não finalizado por Teixeira de Freitas, acabou sendo construído por Clóvis Beviláqua, todavia, na visão de Venosa (2013), ele já nasceu velho e defasado, pois suas ideias eram ancoradas no século anterior.

Ademais, “na época de sua elaboração, vivia o Brasil o período de República Velha, marcado pelo domínio político das elites agrárias. Nesse contexto, o Código Civil traduzia a ideologia dessa sociedade, que se preocupa muito mais com o ter do que com o ser” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 64).

O Código Civil de 1916, dentre vários institutos que regulava, previa regras para o direito das famílias baseadas ainda numa visão conservadora, demonstrando a existência da única forma de família constituída pelo casamento. Esse antigo código também impedia a dissolução, discriminava a união informal das pessoas e os filhos nascidos dessa relação, excluindo direitos dos filhos ilegítimos, com o objetivo de forçar a formalização da união pelo matrimônio (DIAS, 2013).

Por alguns dispositivos do Código Civil de 1916, era possível identificar caraterísticas da família à época como patriarcal, matrimonializada, hierarquizada. O artigo 233 do Código Civil de 1916 dispunha que:

> O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I – a representação legal da família; II – a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adaptado, ou de pacto antenupcial; III – o direito de fixar o domicílio da família; IV – o direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal; V- prover a manutenção da família, guardada a disposição do artigo 277 (BRASIL, 1916).

Tal artigo demonstra a hierarquia do homem sobre a mulher, ao prevê que ele era autoridade máxima ao representar a família, de autorizar a profissão da esposa, não podendo ela administrar seus próprios bens.

Outro artigo que demonstra essa desigualdade entre homens e mulheres na relação conjugal é o artigo 242 que afirma:

> A mulher não pode, sem autorização do marido:
> I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher.
> II. Alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens.
> III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra.
> IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado.
> V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público.
> VI. Litigiar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251.
> VII. Exercer profissão.
> VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal.
> IX. Aceitar mandato (BRASIL, 1916).

O Código Civil de 1916 evidencia uma incapacidade relativa da mulher que precisa de autorização para realização de certos atos da vida civil, como aceitar herança, tutela, curatela, recorrer ao judiciário, exercer profissão dentre outras situações. Todavia, essas imposições só confirmam uma similaridade com a família dos tempos romanos e canônica, marcada por desigualdades, transpessoalidade e com um único modelo de família.

Devido às mudanças provocadas pela sociedade, foi necessário a criação de outras legislações, como Estatuto da Mulher Casada, previsto na Lei 4.121/65, que garantia a mulher a capacidade plena, a exclusividade dos bens adquiridos com seu trabalho. A Lei do Divórcio, Lei 6515/77, também foi positiva por possibilitar a dissolução do vínculo conjugal (DIAS, 2013).

A Constituição da República de 1988 foi fundamental ao trazer uma visão mais ampla da família e com a possibilidade de novos arranjos familiares, a partir do momento que considerou a família como base da sociedade e merecedora de total proteção do Estado. Com a Constituição de 1988, passou-se a ter uma visão de família mais plural e desprendida daquele contexto preso na religião e no tradicionalismo.

2.5 A família contemporânea a partir de uma visão civil-constitucional

A Idade Contemporânea do século XXI é marcada por várias transformações, tanto na própria sociedade quanto na vida pessoal. A família passa de uma função de reprodução e de produção para instrumento de realização da pessoa. Caracterizada como funcional, a família promove a dignidade de seus membros.

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental previsto no texto constitucional, conforme demonstra o artigo 1º, inciso III: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988), e qualquer comportamento discriminatório ou de promoção da desigualdade é proibido. A sociedade democrática e livre do século XXI preza pelo ser ao invés do ter, e procura valorizar e proteger a pessoa. Dessa forma, a família deve ser vista como instrumento de proteção abarcado pela dignidade da pessoa humana.

O Estado passou a preocupar mais com a pessoa enquanto sujeito de direitos e merecedora de tutela especial. Isso porque os pilares que sustentam o direito, na visão de Cesar Fiúza (2021, p. 5), e que são relacionados à “família, propriedade e autonomia da vontade, deixaram de sê-lo. O único pilar que sustenta toda a estrutura é o ser humano, a dignidade da pessoa, sua promoção espiritual, social e econômica. Este pilar está, por sua vez, enraizado na Constituição”.

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, prevê essa proteção do Estado à família. O artigo 16.3. determina que “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado” (DUDH, 1948), ou seja, a família se torna princípio aceito por vários países, pois ela encontra-se num espaço que busca garantir a dignidade dos membros que a compõe.

Inegavelmente, no decorrer dos séculos, desde a idade primitiva até os tempos atuais, houve significativas mudanças na estrutura familiar. Anteriormente à Constituição da República, a leitura da família pelo Código Civil de 1916 era a de ser patrimonialista, patriarcal, fundada no casamento e hierarquizada. Após a Constituição da República de 1988, a família passou a ser interpretada a partir de uma visão mais aberta do direito das famílias. Esse processo de transformação, mais perceptível com a Constituição da República de 1988, como já mencionado,

> [...] traduziu a nova tábua de valores da sociedade, estabeleceu os princípios fundantes do ordenamento jurídico e, no que concerne às relações familiares, alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família. A reflexão sobre o impacto dessa ruptura axiológica torna-se indispensável para que se compreenda o sentido hermenêutico a ser atribuído às sucessivas leis especiais e, especialmente, ao Código Civil de 2002 no que tange ao direito de família (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2020, p.2).

A família pós constituição ganha responsabilidades diferentes do que até então se tinha. Ela passou a ser base da sociedade e ter especial proteção do Estado. Essa visão constitucional nem sempre foi assim, porque o artigo 175 da Constituição da República de 1967, redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1977, tinha uma visão mais fechada da família, por considerá-la apenas a formada pelo casamento, sendo este indissolúvel, reconhecendo a possibilidade de sua dissolução em algumas situações específicas previstas em lei, e desde que houvesse a prévia separação judicial por mais de três anos (BRASIL, 1967).

Contrariamente a visão do texto constitucional de 1967, e num formato mais solidário e igualitário nas questões que envolvem o direito das famílias, o artigo 226, caput, da Constituição da República de 1988, estabeleceu um rol aberto para abarcar novas entidades familiares, ao reconhecer que a família é a base da sociedade e tem total proteção do Estado. Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2007, p.2), interpretando o artigo 226 da Constituição da República, demonstra que "sem família não há sociedade, daí a especial proteção do Estado dever dar às famílias, não mais consideradas como instituições independentes, mas em razão da tutela das pessoas humanas que o integram".

Paulo Lôbo (2020) também dispõe que essa previsão do artigo 226 da CR/88 demonstrou uma transformação na tutela constitucional da família, por não impor determinado tipo de família, o que diferencia das Constituições anteriores. O entendimento do autor é o de que:

> Ao suprimir a locução "constituída pelo casamento" (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional "a família", ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituiu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução "a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos". A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos (LÔBO, 2020, p. 6).

E ainda é enfático ao opinar que:

> O objeto da norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram. Antes foi assim, pois a finalidade era reprimir ou inibir as famílias "ilícitas", desse modo consideradas todas aquelas

> que não estivessem compreendidas no modelo único (casamento), em torno do qual o direito de família se organizou. “A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial”. O caput do art. 226 é, consequentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade (LÔBO, 2020, p. 6-7).

O artigo 226 da Constituição da República abriu espaço para novas formas de constituição familiar, possibilitando uma família mais igualitária que permite a participação de todos na tomada de decisões, e não mais centralizada na figura do homem como chefe de família. O próprio parágrafo 5º, do artigo 226, da Constituição da República dispõe que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL,1988), não há mais espaço para divisão de papéis entre os sexos.

Como na contemporaneidade se preza pelo bem-estar, liberdade e autonomia das pessoas, não há mais dificuldade para se pedir o divórcio quando não se tem o interesse de permanecer com o outro na relação matrimonial. O parágrafo 6º, do artigo 226, da Constituição da República, com redação dada pela emenda constitucional 66/2010, suprimiu os prazos de um ano de separação judicial ou de dois anos da separação de fato, e facilitou o procedimento ao acabar com o sistema binário dispor apenas que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” (BRASIL, 1988).

Roudinesco (2003), ao distinguir os três períodos que simbolizavam a família, observa que no período da pós-modernidade as pessoas buscavam relações íntimas ou de realização sexual. Assim, com as adaptações às necessidades sociais de cada tempo e os vínculos familiares criados, o artigo 226 da Constituição da República de 1988 trouxe, em seus parágrafos, exemplos de entidade familiar como a união estável e a família monoparental, além do casamento.

O legislador não adotou um rol taxativo, pois ele é meramente exemplificativo, já que a formação de entidades familiares é um fato natural.

> A previsão constitucional acerca do reconhecimento jurídico de entidades familiares diversas do modelo matrimonializado implica, por si só, uma inequívoca ruptura com a unicidade imposta pelo CCB 1916, que vinculava a família a um único modelo, centrado no matrimônio. Trata-se, em certo sentido, de uma mudança paradigmática, na medida em que a família como dado jurídico passa a ser reputada como plural (RUZYK, 2011, p. 9).

Já no artigo 226, parágrafos 7º e 8º, da Constituição da República, se destacou e trouxe previsão do planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado garantir recursos educacionais e científicos para efetivar esse direito. O texto constitucional também prevê que o Estado deve assegurar assistência à família garantindo dignidade a todos, evitando a miséria, erradicando a pobreza e cessando qualquer forma de violência dentro de uma relação familiar, na medida que cria mecanismos para combatê-la.

Essas mudanças relevantes que ocorreram a partir do século XX, desempenharam um papel significativo na vida social, econômica e política, bem como as inovações trazidas pela Constituição da República de 1988 contribuíram para o surgimento do novo Código Civil de 2002.

Após 17 anos, o projeto do Código Civil aprovado pela Câmara dos Deputados e Senado foi transformado na Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. A elaboração da parte que tratava da família foi feita pelo jurista Clóvis do Couto e Silva (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013).

O projeto do Código Civil de 2002, construído por volta de 1970, foi coordenado por um filósofo do direito, Miguel Reale, e não por um civilista. As diversas críticas tecidas ao Código Civil de 1916 podem ser empregadas no Código Civil de 2002.

Nesse sentido, alguns autores como César Fiúza (2012, p. 78) entendem que o Código Civil nasceu “pretensioso, por demais detalhista, repleto de regras absolutamente inúteis, à antiga moda do século XIX, que pretendia prever na Lei codificada o maior número possível de detalhes, como que abraçando toda a realidade fático”. E ainda complementa que o Código Civil já nasceu “com as costas voltadas para o futuro, carecendo de grande atividade exegética para adaptá-lo ao momento presente” (FIÚZA, 2012, p. 78). Luiza Soalheiro (2019) também compartilha que o Código Civil de 2002 foi construído no contexto do Estado Social e entrou em vigor com o surgimento do Estado Democrático de Direito.

O Código Civil de 2002, em seu texto, trouxe algumas inovações ao direito de família, todavia, ele

> Não deu o passo mais ousado, nem mesmo em direção aos temas constitucionalmente consagrados, ou seja, operar a subsunção, à moldura da norma civil, de construções familiares existentes desde sempre, embora completamente ignorados pelo legislador infraconstitucional. Deste modo, não se pode dizer que é um novo código- é um código antigo com um novo texto. Tenta, sem muito sucesso, afeiçoar-se às profundas alterações por que

> passou a família no século XX. Talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. Foram sepultados todos os dispositivos que já eram letra morta e que retratavam ranços e preconceitos discriminatórios. Assim as referências desigualitárias entre o homem e a mulher, as adjetivações da filiação, o regime dotal, etc. (DIAS, 2013, 31-32).

O Código Civil de 2002 também pecou em alguns aspectos, como tratar desigualmente o casamento e união estável, mesmo não existindo tratamento diferenciado pela Constituição que não hierarquizou as entidades familiares. Nesse sentido, “o que o constituinte não distinguiu, não pode diferenciar a lei ordinária” (DIAS, 2013, p. 32).

Assim, o direito civil, a todo o momento, deve ser lido à luz da Constituição, não no sentido de que o direito civil se encontra no texto constitucional, ou que a Constituição esteja no centro, mas sim no sentido de fazer uma leitura dele com base nos princípios e valores constitucionais. A constitucionalização do direito civil permitiu que as matérias de direito privado fossem tratadas no texto constitucional e,

> Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito. Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel este que continua a exercer. É no Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros. Afinal, é no Código Civil, principalmente na posse e na propriedade, na teoria geral das obrigações e dos contratos, que o intérprete buscará as normas fundamentais do microssistema imobiliário. É a partir das normas gerais do Direito de Família e da própria Parte Geral do Código Civil que se engendra o microssistema da criança e do adolescente. Também será no Código Civil, mormente na Parte Geral, na teoria geral das obrigações e dos contratos, além dos contratos em espécie, que se apoia todo o microssistema do consumidor. Não se pode furtar ao Código Civil o trono central do sistema de Direito Privado. Seria incorreto e equivocado ver neste papel a Constituição. No entanto, apesar disso, se a Constituição não é o centro do sistema juscivilístico, é, sem sombra de dúvida, o centro do ordenamento jurídico, como um todo. É, portanto, a partir dela, da Constituição, que se devem ler todas as normas infraconstitucionais. Isso é o óbvio mais fundamental no Estado Democrático (FIÚZA, 2004, p. 1).

Nota-se que a constitucionalização do direito civil é importante por trazer um novo olhar que permite o reconhecimento de novos arranjos familiares. A leitura do direito das famílias, à luz da dignidade da pessoa humana, contribui para a proteção da pessoa e dos seus direitos de personalidade, além de respeitar a família em seus diversos formatos porque a dignidade procura promover o bem-estar da pessoa e, isso é possível quando é garantido a sua liberdade de escolha, em qual família ela deseja pertencer.

3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA COMO MARCO PARA O RECONHECIMENTO DE NOVAS ENTIDADES FAMILIARES

Aos poucos, a família foi se transformando, não mais podendo se falar na existência de um único modelo de família, como era característico do século XIX. Essas mudanças vieram, notadamente, com a Constituição da República de 1988 e se encontram inseridas no contexto do Estado Democrático de Direito[8].

É dentro dessa perspectiva que o direito das famílias deve ser interpretado, sob o viés da Constituição da República de 1988, por isso, se fala na existência de um direito civil constitucional. Essa leitura não significa estudar as famílias sob a luz da Constituição, porque já existe uma hierarquia normativa da Carta Magna que condiciona a legislação infraconstitucional, ou seja, esta deve estar em conformidade com aquela. No entanto, a leitura constitucional do direito civil significa efetivar os direitos fundamentais previstos no texto constitucional e garantir o mínimo de dignidade ao indivíduo.

O próprio artigo 1º da Constituição da República de 1988 já demonstra que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa, o pluralismo político e a dignidade da pessoa humana. No contexto do direito das famílias, a garantia de direitos fundamentais é essencial, sendo relevante a utilização dos princípios jurídicos para efetivar direitos e fundamentar decisões, devido às especificidades do instituto da família que, por se tratar de relações humanas e encontrar-se em constantes mudanças, se torna dinâmica conforme as formas de pensar, de agir, de comportar no tempo e espaço.

Nessa perspectiva, a complexidade das relações familiares em suas situações fáticas não consegue ser abarcada por completo pelas regras do ordenamento jurídico, sendo necessário a utilização da força normativa dos princípios para fazer uma adequada interpretação do direito.

As regras apresentam um conteúdo de comando em que descreve aquilo que é permitido, proibido e obrigatório (ÁVILA, 2014, p. 108). Em relação aos princípios, José Emilio Medauar Ommati (2013, p. 179) entende que o “Direito é uma questão de

[8] Preconiza a participação do cidadão nas decisões e promove a justiça social. A democracia que o Estado Democrático de Direito procura respeitar as liberdades civis, respeito aos direitos humanos e fundamentais.

princípios, ou seja, formado por textos de normas igualmente abstratos que concorrem para a solução de casos concretos", de forma que para aplicar o direito é necessário analisar as situações concretas.

As regras, por serem estáticas em muitas situações fáticas ocorridas na sociedade, que é complexa e dinâmica, se tornam desatualizadas, necessitando de uma interpretação principiológica para regular as diversas situações que se deparam. Isso porque os princípios, por ter um conteúdo aberto, vêm para regular as diversas situações vividas por uma sociedade moderna e complexa

Para Lênio Streck (2012, n.p.) os princípios são deontológicos, se configurando em um "padrão decisório que se constrói historicamente e que gera um dever de obediência nos momentos posteriores". Nesse sentido, "os princípios passam a ser determinações fixas, decorrentes do momento em que foram estabelecidas, mas nunca flexíveis conforme as transformações de valores morais de uma sociedade".

Para Lênio Streck (2012), os princípios, enquanto normas de dever-ser, atuam na aplicação do que é lícito e ilícito. E, por isso, se diferem dos valores, conselhos ou mandados de otimização. Dessa forma, o direito deve ser aplicado deontologicamente e como atividade interpretativa.

Ressalta-se que, no presente estudo, não se busca aprofundar na distinção entre regras e princípios, mas sim se torna importante trabalhar a distinção entre princípios e valores. Sem muito aprofundar nas teorias de Alexy (2006) e Dworkin (2007), é necessário considerar que Alexy (2006), autor muito utilizado pela doutrina brasileira, entende que o ordenamento jurídico é bem complexo por ser formado por regras e princípios.

Para Alexy (2006, p. 90) os "princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes." Por conseguinte, esses princípios são considerados por Alexy (2006) como mandamentos de otimização por poderem ser satisfeitos em graus variados, tanto através de possiblidades fáticas como de possibilidades jurídicas. Já as regras são normas que "são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível" (ALEXY, 2006, p. 91).

Sendo assim, esses princípios podem entrar em colisão e um deles terá que ceder, uma vez que os princípios têm pesos diferentes e um sempre precederá sobre

o outro, ou seja, através do sopesamento prevalecerá o princípio que tiver mais peso no caso concreto. Alexy (2006) trabalha com ponderação ou otimização de princípios onde ele será aplicado da melhor forma, demonstrando que aquele princípio que tem o menor peso ele também pode ser aplicado. E quando houver um conflito de regras haverá a exclusão de uma delas por ser considerada uma válida e a outra inválida.

Diferentemente da leitura de Alexy (2006), Dworkin (2007) não concorda com a ideia de ponderação de princípios, isso porque, na interpretação de Ommati (2013, p. 149), “existe uma única decisão correta para cada problema jurídico”. Dessa forma, trazer um raciocínio com base em princípios não quer dizer que o princípio deve ser ponderado. Dworkin “se contrapõe a qualquer forma de utilitarismo ou raciocínio de meios a fins, mas assumir a complexidade do caso e se colocar na posição de cada um dos afetados, a partir de argumentações” e assim, o juiz “deve “escolher” o princípio adequado para regular as diversas situações concretas” (OMMATI, 2013, p. 149).

Dworkin (2007, p. 272) traz a ideia de integridade do direito, que nada mais é que resolver os conflitos por meio da interpretação e, por isso, “o direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo”.

Voltando à compreensão de Alexy (2006), ele se torna alvo de críticas ao entender que, na ponderação de princípios, é preciso considerá-los com uma carga valorativa, ou seja, Alexy (2006) aproxima princípios de valores. Assim, tanto na resolução de um conflito envolvendo princípios quanto envolvendo valores a regra se dá através da ponderação. Dessa forma, ele trata essa regra como princípio da proporcionalidade, isto é, “quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (OMMATI, 2013, p. 144).

Nessa visão, o tratamento do princípio da proporcionalidade como valor em conflito gera inúmeros problemas para o Direito, sendo o mais adequado abandonar essa ideia (OMMATI, 2013). O significado de valores é que eles “surgem a partir de conceitos, elaborados pela própria sociedade, sobre o que é “bom” ou “mau”, o que é “certo” ou “errado”, o que é “moralmente aceito” e o que é “imoral” (DONIZETTE, 2015, n.p).

Isto posto, é importante que os princípios não sejam lidos conforme valores, porque nem sempre o que é valor para uma pessoa é para a outra, o que é bom para

um não é bom para o outro, gerando uma categoria de importância de valores que devem ser impostos a todos, mesmo que alguma pessoa discorde daquela situação, o que no direito privado afeta a autonomia privada do indivíduo em fazer suas escolhas.

Considerando o entendimento,

> [...] os princípios não se identificam com valores, na medida em que eles não determinam o que deve ser, mas o que é melhor. Da mesma forma, no caso de uma colisão entre valores, a solução não determina o que é devido, apenas indica o que é melhor. Em vez do caráter deontológico dos princípios, os valores possuem tão-só o axiológico (ÁVILA, 2014, p. 121).

Desse modo, se torna importante separar o campo deontológico dos princípios com o axiológico dos valores, uma vez que os princípios são normas impositivas, de dever-ser, que devem ser cumpridas, já os valores são escolhas éticas que podem variar de pessoa para pessoa, não sendo obrigatória para todos.

Outra questão a ser observada é que o direito da pós-modernidade se baseia na Constituição da República de 1988 como forma de efetivar a democracia e que deve ser vista como uma atividade interpretativa. Sobre isso, José Emilio Medauar Ommati (2013) contribui que o direito é formado por normas abstratas que buscam a solução dos casos concretos, e que para aplicar o direito de maneira adequada de forma a saber o que deve ser feito naquela situação concreta seria preciso considerar o caso em si e a sua história.

Os princípios apresentados a seguir servirão de base para possibilitar o reconhecimento jurídico de famílias atípicas. E a sua força normativa e eficácia estão presentes na Constituição da República de 1988 que, ao cuidar dos direitos individuais, das necessidades humanas e concretas, abarcou vários princípios gerais do direito e regras das instituições privadas para o seu texto, sendo primordial o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Assim, o estudo dos princípios ganha grande relevância, uma vez que os mesmos estão presentes no texto da Constituição da República de 1988, a ponto de Paulo Bonavides (2016, p. 281) considerar que “a teoria dos princípios é hoje o coração das Constituições”.

Posto isso, os princípios do direito das famílias precisam estar em consonância com a principiologia da Constituição, como meio efetivo para a solução de interesses

privados, propiciando ao cidadão uma sobrevivência digna (FARIAS; ROSENVALD, 2013).

Isso só é possível ao considerar, conforme mencionado, que a visão dos princípios não é mais a de abarcar uma dimensão ética ou valorativa, e sim de possuírem força normativa, conforme as contribuições de Dworkin (2007). Por isso, o juiz diante do caso concreto pode aplicá-lo objetivamente para solucionar os conflitos familiares.

Diante disso, passa-se a estudar alguns princípios gerais que se aplicam a todos os ramos do direito, bem como alguns especiais que são próprios das relações familiares sem, no entanto, esgotar todos eles ou delimitar quantos são. Fato é que só se torna possível pensar em várias facetas e formas de constituição familiar desde que seja revisitado os institutos das famílias com um olhar principiológico.

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Um dos fundamentos da República, contido no artigo 1º, inciso III, é a dignidade da pessoa humana, alicerce dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana só deve “ser verificada concretamente, jamais sendo usada como trunfo argumentativo vazio por quem quer que seja, principalmente quem possui o ofício de julgar casos concretos em âmbito judicial ou extrajudicial” (FROTA, 2019, p. 46).

Para Tepedino e Teixeira (2020), não há como definir, num primeiro momento, o que seja a dignidade da pessoa humana, por ser importante interpretá-la conforme o caso concreto e o contexto social vivenciado. Isso porque, o entendimento da dignidade da pessoa humana vai se alterando conforme o tempo, notadamente com o surgimento das mudanças políticas e sociais de um povo.

Nesse sentido, as ideias que fundamentam a dignidade da pessoa humana remontam à Kant (2000), e sua premissa de considerar que o ser humano é um fim em si mesmo, e nunca como um mero objeto. Essa visão se dá no entendimento de que as pessoas têm dignidade e não devem ser consideradas como coisa, porque as coisas é que possuem preço. Nesse entendimento, “a dignidade da pessoa humana consiste que cada indivíduo é um fim em si mesmo, com autonomia para se comportar de acordo com seu arbítrio, nunca como um meio ou instrumento para a consecção de resultados, não possuindo preço” (RAMOS, 2019, p. 78), ou seja, toda vez que se

trata da dignidade da pessoa humana deve se preocupar com o ser, enquanto carecedor de proteção e de efetivação de direitos.

Maria Celina Bodin de Moraes (2006) ensina que:

> A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática. Com efeito, da mesma forma que Kant estabelecera para a ordem moral, é na dignidade que a ordem jurídica (democrática) se apoia e se constitui-se (MORAES, 2006, p. 14).

Desse modo, manifesta-se, então, a dignidade da pessoa humana como a pedra angular sob a qual se assenta o ordenamento jurídico brasileiro, sendo de observância obrigatória para o Poder Público e, em certa medida, para as relações privadas.

O princípio da dignidade da pessoa humana, em um primeiro momento impõe

> [...] limites à atividade estatal uma vez que impede a violação por qualquer dos poderes emanados do Estado, da dignidade pessoal de qualquer particular. Em um segundo estágio, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana também vincula os poderes públicos a sua efetivação, não apenas de modo programático, mas também concreto (FACHIN, 2006, p. 635-636).

A dignidade da pessoa humana serve de suporte para o livre desenvolvimento da pessoa, e isso faz compreender que a dignidade, sob um outro ponto de vista, se constitui na interação com o outro. É reconhecendo a si como sujeito de direitos que se vê o outro como igual, gozando da mesma autonomia e status de dignidade.

Fachin e Ruzyk (2011, p. 312) consideram que a dignidade da pessoa humana viabiliza o exercício da liberdade e busca proteger a pessoa em seu aspecto coexistencial, porque, em seus entendimentos, “Não é possível conceber o indivíduo sem o outro, pelo que a tutela da dignidade da pessoa humana é sempre interindividual, baseada em ética da alteridade, e jamais individualista”.

Especificamente em relação ao tema da presente pesquisa, o conceito de dignidade permite uma aplicabilidade generalizada e associada a outros princípios, como o da autonomia privada, igualdade e da pluralidade das entidades familiares.

É inegável que a dignidade humana tenha um conceito multifacetado e está presente nas democracias constitucionais e em outros campos além do direito, como, por exemplo, na política, na religião e na filosofia. Para Barroso (2014, p. 64), “A

melhor maneira de classificar a dignidade humana é como um princípio jurídico com status constitucional, e não como um direito autônomo".

Nesse ponto, a dignidade tem um papel interpretativo e, como já mencionado, faz parte do alicerce dos direitos fundamentais, o que contribui para decidir alguns casos concretos de forma que qualquer norma que a viole se torna nula (BARROSO, 2014).

Não há dúvidas de que ela tenha fundamental importância para o direito das famílias. Além da previsão expressa no artigo 1º, inciso III, da Constituição República de 1988, é possível identificar o termo dignidade em outros artigos, como, por exemplo, no artigo 226, parágrafo 7º, que prevê que o planejamento familiar é fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e no da paternidade responsável; no artigo 227, ao prever que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem a dignidade; e no artigo 230, ao defender que a família, a sociedade e o Estado têm que defender a dignidade do idoso.

Nessa perspectiva, "a família é o *locus* a ser protegido de forma especial pelo Estado, tomada pelo constituinte como o local de maior realização da dignidade humana" (TEPEDINO; TEIXTEIRA, 2020, p. 12-13).

E é devido a isso que o princípio da dignidade da pessoa humana "impede que se admita a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família" (TEPEDINO; TEIXTEIRA, 2020, p.13).

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana garante que a pessoa não seja coisificada, bem como possibilita a sua livre escolha e determina que ela seja respeitada por ser autônoma e livre, devendo haver a criação de condições para o seu pleno desenvolvimento pessoal. Nesse sentido, considerando esse entendimento da dignidade da pessoa humana, se torna possível que o ordenamento jurídico brasileiro reconheça e garanta efeitos jurídicos às famílias atípicas.

Tal consideração acerca da efetivação da dignidade da pessoa humana nas relações familiares corrobora com a ideia de que:

> [...] a formação da família de maneira digna é um direito humano a ser respeitado e protegido pelo Estado, sobretudo, como meio de permitir o desenvolvimento pessoal e social a cada membro da família, sem qualquer discriminação, em relação ao formato ou forma de constituição da entidade familiar, hetero, homo ou poliafetiva (VIEGAS, 2020a, p. 133).

O princípio da dignidade da pessoa humana se torna norte para o Estado não praticar atos contra a dignidade da pessoa, e faz com que ele garanta o mínimo existencial de cada indivíduo. Isso significa que deve o Estado garantir igual dignidade para todos os arranjos familiares. O surgimento de novas entidades familiares contribui para a promoção do afeto, respeito, projeto de vida comum e o pleno e livre desenvolvimento da personalidade de cada um (DIAS, 2013).

A existência do princípio da dignidade da pessoa humana é primordial para garantir que o Estado reconheça famílias atípicas e afaste qualquer ideia de dar tratamento diferenciado aos novos formatos de entidade familiar.

Resta claro que a dignidade da pessoa humana, sendo fundamento do ordenamento jurídico, fez com que a pessoa passasse a se encontrar no centro do direito, o que provocou a repersonalização do direito civil, fenômeno esse que supera a compreensão de que a proteção da família se dá com a proteção do patrimônio e passa a dar mais importância às situações jurídicas existenciais.

Para finalizar, é importante considerar que só é possível falar em princípio da dignidade da pessoa humana se ele se torna um meio efetivo de aplicabilidade nas relações entre particulares, e mais precisamente nas relações familiares, amparando qualquer forma de família, uma vez que garantir a dignidade é um meio de proteger a pessoa e assegurar a liberdade de escolhas em projetos de vida e de constituição familiar, bem como de proporcionar a igualdade sem discriminar nenhum tipo de família atípica.

Cabe salientar que o próprio Dworkin (2011) traz essa ideia de dignidade da pessoa humana ligada a igualdade e a liberdade. Primeiramente, ele trabalha a noção de dignidade sob duas dimensões principiológicas, uma enquanto um valor intrínseco, onde cada pessoa deve buscar pelo seu sucesso, “ele afirma que a vida de cada ser humano tem um valor objetivo especial, de modo que é positivo quando a vida de alguém é um sucesso e é negativo quanto ela fracassa” (PEDRON; OMMATI, 2016, p. 243). Nesse sentido, se torna até semelhante a abordagem de Dworkin (2011) com a de Kant (2000) de que a pessoa é um fim em si mesmo e não um meio, já que a pessoa tem dignidade o que deve o Estado protegê-la. A segunda noção de dignidade para Dworkin (2011) traz a ideia de autodeterminação, chamada de princípio da responsabilidade pessoal, onde cada pessoa tem o direito de fazer suas escolhas em relação a sua vida.

Diante dessas considerações, não cabe ao Estado impor escolhas, pois é de competência de cada indivíduo a tomada de decisões sobre a sua própria vida. Sob esse entendimento, é possível defender que as escolhas de agrupamentos humanos em pertencer a entidades familiares atípicas deve ser respeitada e reconhecida a partir da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade.

3.2 Princípio da igualdade

Na visão de Cármen Lúcia Antunes Rocha (2003, p. 78), a Constituição da República de 1988 deixou de ser um documento fundamental com princípios para ser um “documento fundamental jurídico-normativo de princípios. Do constitucionalismo de preceitos chegou-se ao constitucionalismo de princípios”. Princípios esses considerados como obrigatórios, necessários, autônomos, imperativos e vinculantes.

Dentre esses princípios encontra-se o da igualdade, que está estritamente integrado ao princípio da dignidade da pessoa humana de maneira que a aplicação desses princípios se dá de forma compatível, não gerando nenhum tipo de colisão.

Contudo, só é possível entender o que é a igualdade se a mesma for relacionada com a democracia. O que define a democracia “não é a regra da maioria, mas o respeito pela diversidade, ou a mesma consideração e respeito por todos que se encontram unidos tendo em vista um projeto comum. Aqui a ideia de parceria para a realização de um projeto comum” (OMMATI, 2012, p. 92).

No entendimento de José Emilio Medauar Ommati (2012), a leitura do princípio da igualdade não pode ser essa de que se deve tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais na medida de suas desigualdades, isso porque nessa medida se torna difícil identificar quem são os iguais e quem são os desiguais.

Para definir o princípio da igualdade, José Emilio Medauar Ommati (2012) segue o entendimento de Dworkin, para quem o princípio da igualdade “só pode ser entendido como tratar a todos com a mesma consideração e respeito, não tendo, assim, um conteúdo fixo, mas levando a sério a sua própria natureza de princípio jurídico” (OMMATI, 2012, p. 92-93).

Para justificar esse entendimento, é preciso compreender que a igualdade pressupõe repartição de bens, não só no âmbito financeiro, mas também físico, social, de gostos, entre outros, onde os bens serão repartidos de forma com que cada um se

sinta satisfeito pelo que recebeu a partir de seus dotes físicos, suas habilidades e limitações. Essas definições do princípio da igualdade, presentes num modelo liberal de sociedade, estão ligadas à existência de uma sociedade justa, que permite a pessoa realizar todos os seus projetos de vida boa sem sofrer nenhum massacre por conta de questões políticas, econômicas ou morais, porque cada um poderá ser o que quiser e, mesmo diante de suas condições físicas e mentais, pode ter a certeza de que será tratado com dignidade e respeito (OMMATI, 2012).

A teoria de Dworkin, sobre o princípio da igualdade,

> Abraça um modelo de justiça distributiva fundada na igualdade de recursos, partindo de um modelo imaginário de mercado, no qual todos os recursos disponíveis são disputados em um leilão hipotético que só tem fim quando nenhum participante inveje o feixe de recursos obtidos pelo outro participante (teste da inveja). Assim, estaríamos respeitando o princípio do valor intrínseco da vida de cada um. Contudo, a construção imaginária complementada com a possibilidade de se adquirir nesse mesmo leilão apólices de seguro que minorariam as consequências advindas da boa ou má sorte dos seus participantes; e com isso, também observaríamos a dimensão da responsabilidade das pessoas pelas próprias escolhas (OMMATI, 2016, p. 92).

Nessa concepção, a definição de igualdade é a de tratar a todos com dignidade e respeito. Pode-se dizer, então, que é importante assegurar os mesmos direitos a todos, seja no âmbito social, seja no econômico ou político. Cabe ao Estado, nesse sentido, através de ações afirmativas e de uma justa distribuição de recursos, propiciar as mesmas condições a todos os indivíduos.

Acrescenta-se que liberdade e igualdade nesse modelo liberal da sociedade devem caminhar juntas, pois são ideais normativos em que a igualdade sempre acompanha a liberdade de forma que a liberdade não deve ser entendida em fazer o que quiser porque senão entraria em conflito com a igualdade. Protegendo a liberdade estar-se-á protegendo a igualdade, e todos devem ter esse direito à igualdade e à liberdade por serem princípios inegociáveis (DWORKIN, 2005).

Sobre a igualdade, a própria Constituição da República de 1988 dispõe em seu artigo 5º, caput, que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988).

A ideia de que todos são iguais perante a lei prevista no artigo 5º da Constituição da República de 1988 é classificada como uma igualdade formal, assim

o Estado não pode conceder direitos para uns e negar para outros, pois deve tratar a todos com igualdade. Corroborando com essa ideia, outros dispositivos do texto constitucional compartilham desse tratamento de não gerar privilégios, como é o caso do artigo 3º, em que se torna objetivo fundamental da União constituir uma sociedade livre, justa, erradicar a pobreza e a marginalização bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem qualquer preconceito em relação a origem, raça, sexo, cor, idade, e o artigo 5º, em seu inciso I, em que dispõe de igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres.

A ideia de igualdade formal merece críticas porque ela se torna insuficiente por não considerar as especificidades de cada indivíduo e dos grupos sociais que são menos favorecidos. O Estado, dando um tratamento neutro para a igualdade, contribui para a injustiça ao favorecer uma parcela da sociedade.

Devido a essas considerações, surge a igualdade material ou substancial, que se expressa por dar tratamento igual aos iguais e desigual para os desiguais, na medida de suas desigualdades. Uma outra visão de se efetivar essa igualdade material seria a socioeconômica, onde todos deveriam ter as mesmas condições ao terem os mesmos direitos, contudo, essa desigualdade econômica existente impede a igualdade, devendo haver uma justiça social distributiva. Todavia, apenas nesse aspecto econômico não resolveria o problema da igualdade.

Para garantir a igualdade é preciso mais que uma igualdade formal ou puramente material, é necessário garantir uma igualdade material identitária, ao considerar a existência de uma sociedade plural e os vários contextos, vulnerabilidades e peculiaridades de cada indivíduo ou grupo de pessoas. O que se busca é “salientar, na concessão e execução de direitos e deveres, as peculiaridades de gênero, idade, raça e orientação sexual a fim de permitir que a igualdade jurídica não aniquile, mas pressuponha e respeite a diferença real” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 35).

O STJ já manifestou em relação ao princípio da igualdade ao considerar que:

> [...] a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias, sendo o alicerce jurídico para a estruturação do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inseparável e incontestável da pessoa humana. Em suma: o direito à igualdade somente realiza com plenitude se for garantido o direito à diferença (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2015).

Em relação ao direito das famílias, o princípio da igualdade tem muita relevância. Fica mais em evidência essa efetivação da igualdade após a Constituição da República de 1988, momento em que igualou os cônjuges e companheiros, deu tratamento igual aos membros da entidade familiar, seja homossexual ou heteroafetiva, determinou a igualdade entre os filhos, independentemente de serem fruto de parentesco natural, civil ou socioafetivo, dentre outras conquistas, o que possibilitou tratamento com igual dignidade a todos.

Por fim, resta considerar que o princípio da igualdade deve estar atento às desigualdades econômicas e as diferenças de cada pessoa e grupos de pessoas, combatendo qualquer tipo de discriminação. Nesse viés, a formação de famílias atípicas também precisa receber tratamento igualitário, respeito e consideração pelo ordenamento jurídico, devendo ser consideradas como entidades familiares e terem garantidos os efeitos jurídicos patrimoniais da relação existente.

3.3 Princípio da autonomia privada

Originário da Grécia, o termo autonomia vem da junção *autós* (pessoal, individual, próprio) + o verbo *nomia* (administrar), ou seja, a própria pessoa direciona a sua conduta por meio do poder de se autogovernar (RUGER; RODRIGUES, 2007).

A autonomia privada ganhou *status* de princípio jurídico e se tornou um marco importante para o direito, por possibilitar a pessoa a se autodeterminar ao fazer suas próprias escolhas em busca de sua realização.

A autonomia tem relação com o direito fundamental à liberdade, proporcionando que o sujeito trace o seu caminho ao tomar as suas próprias decisões. Nesse sentido, só há autonomia quando as ações do sujeito são autodeterminadas por decisões racionais (AMARAL, 2003).

Existe uma diferença entre autonomia privada e autonomia da vontade que é importante ser mencionada.

No ordenamento jurídico brasileiro, são utilizadas duas terminologias sendo a autonomia da vontade, que possui um sentido mais subjetivo e psicológico. E é reconhecida como “princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos” (AMARAL, 2003, p. 347); e, por outro lado, a autonomia privada, que tem uma visão mais objetiva, concreta, real e faz parte de uma esfera “de atuação do sujeito no

âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica", em que os particulares se transformam em legisladores de seus próprios interesses (AMARAL, 2003, p. 347).

Outra definição que diferencia autonomia da vontade de autonomia privada é feita por Martins Costa (2002, p. 614) que entende ser a autonomia da vontade como "uma construção ideológica, datada dos finais do século XÎX, por alguns juristas para opor-se aos excessos de liberalismo econômico" o que desvincula do entendimento sobre a autonomia privada enquanto

> [...] um poder reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de auto-regular os seus interesses, estabelecendo certos direitos e obrigações, seja as normas estatais (normas heterônomas, legais ou jurisdicionais) que as limitam subtraindo ao poder privado autônomo certas matérias reservadas à regulação pelo Estado (MARTINS COSTA, 2002, p. 615).

O conceito da autonomia da vontade se desenvolveu com o liberalismo, mais precisamente no século XIX, em decorrência da filosofia jusracionalista, sendo marco de uma sociedade liberal, individualista e fundamentada pela justiça formal. Período esse representado pelo avanço do comércio, marcado pela faculdade atribuída ao indivíduo para a realização de seus próprios interesses, com ampla liberdade contratual, sem a intromissão do Estado na vida privada, o que, consequentemente, tornou-se uma autonomia desenfreada por não conter limites (FARIA, 2007a).

Com o tempo, a autonomia foi perdendo sua supremacia, principalmente aquela que era considerada formal. Ela deixou de ser um mero ato de vontade, e passou a ser um ato ligado ao interesse público. Destaca-se que esse marco foi logo depois da Primeira Guerra Mundial, em que houve uma crescente intervenção do Estado na esfera privada diante das transformações ocorridas na sociedade. O ser, individualmente falando, sofreu limitações. Parte dessa nova visão de autonomia se deu porque, em diversas situações, o direito não poderia proteger a vontade ligada ao seu sentido mais psicológico (FARIA, 2007a).

No início do século XX, a autonomia da vontade sofreu alterações por se tornar positivada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, encontra-se a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. No entanto, não houve renúncia à autonomia da vontade, mas apenas uma nova interpretação que levou a um conceito moderno. Esse conceito moderno é visto como a autonomia

privada, ou seja, a substituição da palavra autonomia da ‘vontade’ por ‘privada’ teve significativa importância, deixando-a de ser individualista e ilimitada (RUGER; RODRIGUES, 2007).

Partindo da visão de Bruno Torquato de Oliveira Naves (2003), houve uma transição conceitual da autonomia da vontade para autonomia privada, e uma mudança da pessoa enquanto sujeito passivo perante o Estado para uma participação mais ativa da tutela estatal, que busca o diálogo e a interpretação do direito no caso concreto. Conforme se depreende do trecho a seguir:

> A denominação autonomia privada veio apenas substituir a carga individualista e liberal da autonomia da vontade. Ao Direito, pois, resta analisar a manifestação concreta da vontade, segundo critérios objetivos de boa-fé, e não suas causas e características intrínsecas. Não é objeto do Direito perquirir sobre o conteúdo da consciência interna de cada ser. Daí decorre nossa preferência por esta posição e, consequentemente, pela expressão autonomia privada (NAVES, 2003, p. 82).

Perlingieri (2002, p. 17) também busca definir a autonomia privada como “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos - em qualquer medida- livremente assumidos”.

A autonomia privada não é usada ilimitadamente, ainda mais porque ela é uma forma de promover a dignidade da pessoa humana e não pode ser instrumento de contribuição para a desigualdade e exclusão de direitos do outro. Isso porque “o poder de autorregulamentação de cada um é limitado pelo Estado em observância aos direitos e às garantias fundamentais dos sujeitos por ele afetados” (SOALHEIRO, 2019, p. 77).

Fugindo um pouco da relação da autonomia com as situações jurídicas patrimoniais, no contexto das relações familiares, a autonomia também encontra-se presente para garantir a liberdade de escolha em todas as questões que envolvem o campo existencial da pessoa. A garantia da autonomia contribui para o livre e pleno desenvolvimento da personalidade dos membros que compõe a entidade familiar.

A constituição da família é um direito fundamental que deve ser respeitado e garantido a ponto de possibilitar qualquer tipo de formação familiar, isso porque, “famílias possíveis são todas aquelas que forem eleitas autonomamente pelos envolvidos, seja ou não, já conhecidas juridicamente” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 36).

A autonomia, como instrumento de promoção de direitos fundamentais, garante à pessoa o exercício da livre e autônoma vontade para escolher o regime de bens, como se vê presente no Código Civil, artigo 1.639 que dispõe: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”; e na possibilidade de modificar o regime de bens ao prever: “§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros” (BRASIL, 2002). O próprio artigo 1.513 expressa que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (BRASIL, 2002).

Essas decisões relacionadas a vida privada de cada um e de cada contexto familiar só é possível de serem tomadas desde que seja garantida a autonomia.

Em questões envolvendo a filiação, também a autonomia vem para assegurar as escolhas existenciais ao determinar que: “Art. 1.614**.** O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação” (BRASIL, 2002). Nesse mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente sustenta a liberdade do adolescente, maior de 12 anos de idade, definir sobre a concordância de sua adoção.

Por esses dispositivos relacionados ao direito das famílias, é perceptível o emprego da autonomia. O homem se constrói e se realiza por meio da *eudeimonia* ao criar a sua própria identidade e buscar sua realização, sua felicidade própria e dos integrantes que compõe a sua família quando lhe é assegurado a autonomia. Quanto a isso, Gustin (1999, p.31) entende que o exercício da autonomia vem para garantir “aquele que é capaz de fazer escolhas próprias, de formular objetivos pessoais respaldados em convicções e de definir as estratégicas mais adequadas para atingi-los”.

Logo, com a autonomia presente, os componentes do grupo familiar podem construir de forma livre e autônoma seus projetos de vida comum, além de terem a liberdade para criarem, modificarem ou extinguirem as relações jurídicas patrimoniais.

Assim, não cabe intervenção do Estado e nem de qualquer pessoa dizer para a outra o que fazer e o que não fazer de sua vida, sendo ela capaz. Isso é devido à concepção que se tem do direito fundamental a liberdade e autonomia de cada um.

Tepedino e Teixeira (2020) complementam que:

> Os componentes da família podem construir de forma livre o projeto de vida em comum, por serem conscientes sobre o modelo de sua realização em comunhão plena de vida. E essa descoberta do caminho de realização pertence ao casal de forma exclusiva; soa ilegítima a interferência de terceiros em matéria de tanta intimidade, quando se trata de pessoas livres e iguais, razão pela qual a ingerência do Estado é válida tão somente para garantir espaços e o exercício das liberdades, para que a pessoa se realize, à medida de suas necessidades e dignidade, no âmbito de seu projeto de vida (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2020, p. 15).

O poder de autodeterminação de cada indivíduo permite que a família atual, caracterizada por ser plural, democrática, complexa e igualitária permita a sua constituição de forma a promover e buscar a felicidade e vida digna a todos os seus membros.

3.4 Princípio da intervenção subsidiária do Estado nas relações privadas

O direito das famílias encontra-se no ramo do direito público ou do direito privado? Tanto Caio Mário da Silva Pereira (2004) quanto Rodrigo da Cunha Pereira (2004) enfatizam que o direito das famílias são normas de direito privado. Diante dessa categorização, por tratar o direito das famílias de relações entre particulares, ainda que haja interesse coletivo, deve prevalecer a autonomia privada entre os particulares, sem que o Estado restrinja a liberdade dos indivíduos.

Nesse sentido, o direito das famílias se fundamenta nos princípios constitucionais e, dentre eles, a autonomia privada encontra-se presente devido a valorização da pessoa, suas vontades e a necessidade de autodeterminação. Com a efetiva autonomia, há a necessidade de redução da intervenção do Estado nas relações familiares.

Essa intervenção mínima do Estado no direito das famílias, e que abre espaço para a valorização da autonomia, acontece em vários dispositivos legais, como no rompimento do vínculo conjugal, onde não existe mais prazo e nem necessidade de se provar a culpa, o que basta é a simples vontade de não manter o relacionamento conjugal. A própria mutabilidade do regime de bens caracteriza uma realização da vontade conjugal ao desejar fazer a mudança do regime de bens escolhido anteriormente, a escolha do procedimento judicial ou extrajudicial para a realização

do divórcio, inventário, reconhecimento e dissolução de união estável, sendo o extrajudicial uma opção desde que não haja interesse de menores e incapazes.

Outras previsões na legislação também ilustram a intervenção mínima do Estado ao facultar o nubente adotar ou não o sobrenome do outro, a escolha por viver em um relacionamento homossexual ou heterossexual, por ter filhos através de produção independente, paternidade/maternidade socioafetiva, a resolução dos conflitos familiares pela mediação e a garantia da construção do projeto de vida em comum através do planejamento familiar. Assim, a transferência do controle da constituição familiar, pelo exercício da autonomia privada, passa do Estado para os próprios integrantes daquela família.

Da mesma forma em que há um verdadeiro direito das famílias mínimo com a incidência da autonomia privada, do exercício da liberdade e da garantia da dignidade nas relações familiares também existe situações de intervenção do Estado. Algumas delas se torna justificável, porque visam proteger a dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, como a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação de investigação de paternidade, ou na imposição da Lei Maria da Penha para coibir qualquer tipo de violência familiar.

Por outro lado, o Estado também costuma intervir nas relações familiares de forma evasiva, impedindo o exercício da autonomia privada dos membros que compõe a entidade familiar, como é o caso de o Estado definir o que pode ou não ser família ou se aquele relacionamento em que a pessoa vive é ou não família. Outra das várias situações em que se identifica essa limitação é o controle do Estado com a imposição do regime da separação obrigatória de bens para os maiores de 70 anos, onde se torna incoerente a permissão para que os idosos realizem vários atos de sua vida de forma independente como dirigir, assumir cargos políticos, trabalhar e, por outro lado, impede-se de fazer o planejamento do seu relacionamento, ao escolher em qual regime melhor se adequa. Muitas dessas intervenções reprimem a vontade da pessoa ao retirar o seu poder de autodeterminação em relação a sua vida.

Todavia, o papel que o Estado deve desenvolver é outro, deve permitir que a pessoa tome suas próprias decisões e administre sua vida pessoal, e ele deve intervir apenas subsidiariamente para garantir dignidade e tutelar a todos garantindo-lhes proteção.

Leandro Barreto Moreira Alves (2010, p. 55) é expresso ao considerar que o “Estado apenas estaria autorizado a intervir no âmbito da família quando visasse

implementar direitos fundamentais da pessoa humana, como a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade etc.”

Assim, caberia ao Estado apenas atuar em situações em que houvesse ofensa a garantias constitucionais mínimas, por outro lado, o Estado deveria dar plenas condições para que a pessoa se autogovernasse.

As relações familiares estão cada vez mais se transformando ao buscar constantemente a realização pessoal e o crescimento dos membros que compõe a família, nada mais coerente do que deixar que essas próprias pessoas tomem decisões com base em suas vontades.

A ideia não pode ser a mesma de que o interesse do Estado é maior que o das pessoas, o que subentende que “os componentes dos núcleos familiares podem tocar, livremente, os seus projetos de vida familiar, sendo ilegítima a intervenção do Poder Estatal quando a relação familiar é travada entre pessoas livres e iguais” ou seja, a intervenção do Estado deve ocorrer para garantir o exercício de liberdades (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 158).

Na visão contemporânea, as relações familiares devem ser construídas desde que respeitada a dignidade da pessoa humana, não cabendo ao Estado praticar atos atentatórios a liberdade de escolha dos indivíduos, porque cada um deve escolher a relação afetiva que mais lhe deixa realizado.

Nessa mesma linha de entendimento, é claro para Farias e Rosenvald (2013) que:

> O Estado não deve se imiscuir no âmago familiar, mantendo incólume o espaço de autodeterminação afetiva de cada pessoa humana componente do núcleo, permitindo a busca da realização plena e da felicidade, através das opções e comportamentos. É o que convencionou chamar de família eudemonista, com os seus membros buscando a felicidade plena. Até porque a presença excessiva estatal na relação familiar pode asfixiar a autonomia privada, restringindo a liberdade das pessoas (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 158).

Dessa maneira, a presença do Estado nas relações familiares deve ser para garantir direitos fundamentais, e não para limitar ou extinguir o direito de escolha da relação mais íntima dos envolvidos na entidade familiar.

> A intervenção do Estado deve apenas e tão-somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem-se acentuando cada vez mais e tem

> como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu art. 16.3: A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado (PEREIRA, 2004, p.112).

E essa nova concepção da relação entre Estado e particular decorre da chamada privatização da família ou desinstitucionalização da família, fenômeno que propaga apenas uma intervenção mínima do Estado nas relações afetivas, já que o papel do Estado deve ser de protetor e não de interventor.

Assim, as pessoas têm autonomia e liberdade para se autodeterminarem, escolherem em qual relacionamento afetivo que mais se identificam, se realizam e se encaixam como família. O Estado deve ter um freio para não interferir nessas escolhas de formação familiar, seja elas típicas ou atípicas. O direito das famílias preza pelo ser pessoa e com a tutela do existencialismo e promoção da sua dignidade.

Nesse passo, os agrupamentos de pessoas que intitularem seus relacionamentos como entidade familiar, pelo fato de terem autonomia para elegerem a qual formação eles se sentem mais realizados enquanto família, devem ser reconhecidos e protegidos pelo Estado, cabendo a este apenas o dever de respeitar as escolhas dos envolvidos e garantir-lhes a sua dignidade.

3.5 Princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro e é uma tarefa difícil de ser identificada pelo magistrado, pois ele, no caso concreto, precisa analisar se o comportamento da pessoa foi ético e leal. A boa fé atua em duas dimensões: a objetiva e a subjetiva.

A boa-fé objetiva é definida e entendida pelo Enunciado n. 26 da I Jornada de Direito Civil como uma exigência de que as partes tenham um comportamento leal. Já a boa-fé subjetiva esta ligada a um certo desconhecimento de uma situação específica. Assim, essas duas dimensões podem ser conceituadas como:

> A boa-fé subjetiva diz respeito à ignorância do sujeito acerca da existência do direito do outro, ou, então, à convicção justificada de ter um comportamento conforme o direito. É a boa-fé de crença. Por seu turno, a boa-fé objetiva é regra de conduta das pessoas nas relações jurídicas, principalmente obrigacionais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento

> reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta (LÔBO, 2018).

Desse modo, a boa-fé subjetiva atua mais precisamente numa dimensão interna da pessoa, com suas convicções e crenças de que suas atitudes estão em conformidade com o direito, diferentemente da boa-fé objetiva que está presente no campo exterior e que se refere a uma atitude obrigacional típica que implica agir com honestidade e lealdade em suas relações.

O Código Civil de 1916 previa a boa-fé subjetiva no instituto da posse ao classificá-la de boa-fé e má-fé, já a boa-fé objetiva, embora omissa em seus dispositivos, teve sua breve passagem ao dispor que as partes devem agir de boa-fé e veracidade ao estabelecer o objeto e as cláusulas do contrato de seguro[9].

Fato é que a boa-fé objetiva só foi consagrada de fundamental importância no direito privado em 1990, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, ao ser instrumento de controle de cláusulas abusivas prevendo no artigo 51, inciso IV, que será nula qualquer cláusula contratual que envolver fornecimentos de produtos e serviços que contenham obrigações abusivas e incompatíveis com a boa-fé e que coloquem o consumidor em situação de desvantagem (BRASIL, 1990).

Para descrever melhor a boa-fé prevista no Código Civil de 2002, é necessário compreender as três funções que ela representa. A primeira delas é a de que a interpretação dos negócios jurídicos deve ser em conformidade com a boa-fé (artigo 113 Código Civil). A segunda função é a de controle, prevista no artigo 187 do Código Civil, que dispõe que comete ato ilícito o titular de um direito que excede os limites impostos pela boa-fé, o que gera o dever de indenizar (TARTUCE, 2015). A última função é a integrativa, que se refere ao artigo 422 do Código Civil, onde os "contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé" (BRASIL, 2002). Assim, durante toda a realização do contrato, desde as preliminares até a fase de execução, a boa-fé deve estar presente.

Um dos pressupostos para a realização da boa-fé é a confiança que corresponde às relações baseadas na transparência, informação, ética no interior das vontades. A confiança dentro de relações patrimoniais se apresenta como boa-fé

[9] Artigo 1443 Código Civil "O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes." (BRASIL, 1916).

objetiva, e nas relações existenciais relacionadas a pessoa a confiança é transformada em afeto, o que contribui para que os relacionamentos sejam pautados na solidariedade, na garantia da dignidade da pessoa humana e na realização pessoal dos membros que compõem a família (FARIAS; ROSENVALD, 2013).

> Assim, nas relações de família exige-se dos sujeitos um comportamento ético, coerente, não criando indevidas expectativas e esperanças no(s) outro(s). É um verdadeiro dever jurídico de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família, mas também aqueloutras de conteúdo pessoal, existencial (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p.143).

Em alguns institutos do direito das famílias se presencia a boa-fé, como é no caso da fidelidade conjugal, um dos deveres do casamento previsto no artigo 1566, inciso I, do Código Civil, onde o comportamento entre os cônjuges deve ser de lealdade; os bens adquiridos a partir da separação de fato do casal não fazem parte da meação, o casamento que é putativo, sendo aquele que mesmo declarado nulo ou anulável produz efeitos ao cônjuge de boa-fé; a possibilidade de mutabilidade do regime de bens, desde que não prejudique terceiros de boa-fé; a união pública, continua, duradoura e com *animus* de constituir família que configura a união estável, produzirá todos os efeitos se for constituída de boa-fé.

Através desses exemplos pode-se perceber que a boa-fé rege o instituto do direito das famílias, pelo fato de que a confiança deve sempre estar presente nas relações familiares.

Assim, deve ser aplicado no âmbito das relações familiares o *venire contra factum proprium* e a *supressio* e *surrectio*. O *venire contra factum proprium* significa que são proibidos comportamentos contraditórios, ou seja, a violação do princípio da confiança, fazendo com que o outro crie uma expectativa que se torna frustrada devido a uma mudança inesperada de comportamento. Já a *supressio* “é o fenômeno da perda, supressão de determinada faculdade jurídica pelo decurso do tempo” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.151), expressão muito comum na hipótese do credor de alimentos que ficou anos sem executar a pensão alimentícia gerando uma expectativa ao devedor de que não haveria mais a continuidade do pagamento ou a cobrança dos atrasados.

Inversamente da *supressio*, a *surrectio* “é o surgimento de uma situação de vantagem para alguém em razão do não exercício por outrem de um determinado

direito, cerceada a possibilidade vir a exercê-lo posteriormente" (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.151), que pode ser identificada nos casos de mesmo após a exoneração da pensão alimentícia o devedor continuar fazendo o pagamento, gerando uma expectativa de proteção jurídica devido a esse comportamento.

A boa-fé objetiva tem plena aplicação no direito das famílias e a jurisprudência a reconhece presente tanto nas situações patrimoniais quanto existenciais. A Ministra Nancy Andrighi reforça que:

> Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de família (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2011).

Farias e Rosenvald (2013) fazem a ligação da confiança presente na boa-fé com o afeto ao entender que:

> O afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural confiança depositada por outra, consistente em querer assegurar a dignidade humana, assegurada constitucionalmente. E mais: o afeto traduz a confiança que é esperada por todos os membros do núcleo familiar e que, em concreto, se materializa no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a imprescindível dignidade de todos. Em síntese, é a ética exigida nos comportamentos humanos, inclusive familiares, fazendo com que a confiança existente em tais núcleos seja o refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.154).

No sentido dado por Farias e Rosenvald (2013), a confiança ganha o nome de afeto, já que a família é fundada pelo afeto e solidariedade entre os membros que a compõe. Solidariedade essa que também está atrelada à confiança de não se adotar comportamentos contrários aos interesses despertados em outrem.

A boa-fé objetiva acaba sendo considerada um princípio geral que deve ser usado como instrumento regulador de conduta nas relações intersubjetivas. O princípio da boa-fé está presente e pode ser aplicado nas famílias poliafetivas, devido o relacionamento ser pautado no respeito, transparência, afeto e solidariedade. Dessa forma, tal princípio poderia ser utilizado para o reconhecimento desse tipo de família.

Quanto às uniões estáveis putativas, a boa-fé objetiva não está presente pois "nos remete a um padrão correto de conduta de lealdade e probidade, ou um "dever

ser", que só seria exigível quando a pessoa possui conhecimento de determinada situação" (POLI; VIEGAS, 2015, p. 81), sendo cabível nesses casos a boa-fé subjetiva.

Contudo, Poli e Viegas (2015) não concordam que

> [...] a ausência de boa-fé impeça o reconhecimento de famílias simultâneas, pois, presencia-se cada vez de forma mais freqüente, situações em que a (o) concumbina (o) conhece a situação jurídica ou estado civil de seu (sua) parceiro (a), consente com o impedimento constituído, em função do afeto existente naquele núcleo. Tal família pode vivenciar uma relação sólida, com afetividade, estabilidade e ostensibilidade, preenchendo, portanto, todos os requisitos necessários para a constituição de uma união estável. Não há como ignorar que se está de frente como uma união paralela, muitas vezes, sabida pela família oficial (POLI; VIEGAS, 2015, p. 82).

Fato é que a boa-fé pode ser aplicada às uniões paralelas, seja na união estável putativa, sob a forma da boa-fé subjetiva, seja através da possiblidade de indenização pela quebra da boa-fé objetiva (TARTUCE, 2008).

A boa-fé objetiva não se aplica apenas nas relações jurídicas patrimoniais, tratando-se de um dos pilares do direito das famílias, o qual exige que os relacionamentos entre os particulares vinculem aos sujeitos comportamentos pautados na ética, confiança e transparência.

3.6 Princípio da pluralidade das entidades familiares

Um princípio de grande relevância para o direito das famílias é o princípio da pluralidade das entidades familiares, onde o casamento deixa de ser a única forma de entidade familiar reconhecido e protegido e passa-se a permitir novos formatos de família, com total proteção do Estado.

O artigo 226 da Constituição da República de 1988, por um lado, possui nos seus incisos a tipificação da família formada pelo casamento, união estável e família monoparental, mas, por outro, prevê, em seu caput, um rol aberto para a constituição de novos arranjos familiares ao dispor que: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado" (BRASIL, 1988).

Assim, "a admissão de uma multiplicidade de espécies de constituição da família permite que o núcleo de convivência familiar possa refletir as escolhas individuais indispensáveis à realização da pessoa como ser único" (TEPEDINO, TEIXEIRA, 2020, p. 22). Em consequência desse rol aberto de possibilidades de

várias formas de família, a pessoa tem a sua dignidade protegida e a liberdade de viver em família.

Nesse sentido:

> Os critérios para admissão de um núcleo familiar devem ser suficientemente rígidos para excluir as formações incompatíveis com tais finalidades e necessariamente flexíveis, de modo a atender à multiplicidade de escolhas legítimas que retratam as aspirações da pessoa no que concerne à própria vida em família, expurgando-se paradigmas preconceituosos ou atentatórios à liberdade e à personalidade individuais (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2020, p. 23).

A efetivação e garantia do princípio da liberdade foi importante para justificar a possibilidade de constituição de novas formas de entidade familiar. O respeito à intimidade e às escolhas individuais de cada um quanto à liberdade de se viver na família que mais realiza o sujeito é que deve ser considerada e protegida pelo Estado.

A realização da dignidade da pessoa humana impede a existência de qualquer rol taxativo de entidades familiares, e abre espaço para a inclusão de novos arranjos, ainda que não tenha previsão de suas formações de maneira expressa no texto constitucional.

Assim, o texto constitucional traz uma cláusula geral de inclusão, e a discriminação de qualquer tipo de família viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

É preciso fazer uma interpretação mais aberta da Constituição, porque a conclusão “pela exclusão de outras formas de entidades familiares não expressamente previstas é fruto de um problema de hermenêutica, pois da interpretação sistemática e teológica dos preceitos constitucionais, decorre indubitavelmente, a ideia de inclusão” (FARIAS, 2002).

Não há dúvidas de que a sociedade hoje, marcada pela diversidade, por ser plural, dinâmica e aberta não coaduna com um modelo taxativo de entidade familiar.

Essas novas formas de se viver em família e de múltiplos modos de vida já faz parte da trajetória histórica do Brasil, que mesmo o ordenamento jurídico reconhecendo apenas o matrimônio como família protegida pelo Estado, novos arranjos foram surgindo na sociedade exigindo proteção do Estado.

O multiculturalismo vivido pela sociedade brasileira abre margem para modos de vida diferentes e, consequentemente, o surgimento de outras constituições

familiares devido a cultura dos diferentes grupos. Tal constatação faz compreender que:

> A pluralidade e diversidade que marcam as sociedades contemporâneas impõem considerar a família como categoria sociocultural, o que impede qualquer interpretação reducionista de seu conceito. A pluralidade de entidades familiares, conforme agasalhada na própria Constituição, mostra seu dinamismo como comunidades intermediárias culturalmente determinadas e em constante mudança. Fundamental, portanto, compreender os atuais sentidos de família que, necessariamente, devem homenagear o pluralismo e a diversidade como marcos de um direito laico, inclusivo e promocional, a fim de que as desigualdades, preconceitos e discriminações sejam eliminados (BARBOZA; ALMEIDA, 2019, p. 621).

Muitos ainda são os desafios a serem enfrentados pelo direito das famílias, mesmo depois da promulgação da Constituição da República de 1988, que trouxe a proteção da pessoa através da garantia de direitos fundamentais. No entanto, várias situações de relacionamentos que ainda não eram questionadas e nem divulgadas abertamente, devido à sociedade conservadora que recrimina, julga e constrange, hoje estão sendo discutidas e levadas ao conhecimento do judiciário para o reconhecimento de direitos.

A presença da estabilidade, ostensibilidade e afetividade se tornam elementos imprescindíveis para o reconhecimento de novas entidades familiares, fato é que o Estado deve intervir nas relações privadas para impedir tratamentos desiguais, assegurar a tutela integral da dignidade humana, isso porque se “encontra na família plural e aberta o espaço de autoconstituição coexistencial, cabendo ao Estado uma promoção inclusiva” (BARBOZA; ALMEIDA, 2019, p. 623).

Dessa forma, a imposição de modelos de entidades familiares não cabe mais ao Estado, uma vez que o que deve ser priorizado é o livre exercício da autonomia privada e da liberdade de escolha sobre qual família a pessoa mais se realiza.

Sob essa linha de argumentação, com a aplicação do princípio da pluralidade de entidades familiares, é possível abarcar e reconhecer famílias atípicas que merecem proteção jurídico-constitucional, desde que pautadas pelo comprometimento mútuo, envolvimento pessoal e que sejam ligadas pelo elo da afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

3.7 Princípio da não monogamia

A monogamia é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro como um princípio presente nas entidades familiares. Todavia, para melhor compreender o instituto da monogamia como princípio, primeiro é necessário traçar o seu conceito.

Na concepção de Viegas e Poli (2015, p. 8), a “monogamia é a condição daquele indivíduo que se relaciona afetiva e sexualmente com apenas um parceiro, ou seja, pressupõe exclusividade”. Também corrobora com esse entendimento da exclusividade do relacionamento o artigo 1521, inciso VI, do Código Civil que impõe o impedimento de que pessoas casadas não podem se casar.

Assim, a origem da palavra monogamia vem do grego μονογαμία, ou seja, *μονός*, *monos*, o que significa ‘um’ ou ‘sozinho’, e *γάμος*, *gamos*, equivale a casamento (VIEGAS, 2020b), o que representa um casamento por vez.

A definição de monogamia era a de que a pessoa poderia se relacionar sexualmente e afetivamente exclusivamente com uma única pessoa durante toda a sua vida, contudo, com as mudanças da sociedade, essa definição modificou e passou a ser considerada a monogamia como a possibilidade de se relacionar com uma pessoa de cada vez durante um período, configurando a chamada monogamia em série (VIEGAS, 2019).

Contudo, essa ideia de imposição da monogamia como único modelo a ser aceito e reconhecido como regra pelo ordenamento jurídico brasileiro vai em desencontro com o próprio histórico do processo evolutivo humano.

Barash e Lipton (2007) afirmam que há evidências de que o homem e os animais não são naturalmente monogâmicos. Para eles em nenhum momento da história, da ciência, da biologia e nem da antropologia e primatologia houve comprovação de que a monogamia é natural ou normal para os seres humanos. Pelo contrário, há a todo momento evidências de que as pessoas têm vários parceiros sexuais.

Desse modo, nas transformações da família mostra que nem todas as pessoas chegaram à mesma concepção de família. Barash e Lipton (2007) citam que o antropólogo C.S. Ford e Frank Beach, estudaram 185 sociedades humanas e apenas 29 delas, ou seja, 16% era monogâmica. E, que dessas 29, 1/3 apenas que desaprovava o sexo pré-conjugal e extraconjugal. Em 154 dessas sociedades, os homens podiam ter múltiplas parceiras, ou seja, 83%.

Nesse mesmo sentido, Vianna e Semíramis (2014) afirmam que a monogamia é uma raridade entre os mamíferos e que as aves também possuem cópulas extrapar.

Ademais, se torna uma vantagem evolutiva em se ter múltiplos parceiros, tanto dos machos quanto das fêmeas[10].

Assim, mesmo em espécies de animais consideradas monogâmicas segundo Barash e Lipton (2007), foram feitas pesquisas por biológos e descobriu-se que havia existência de relações extrapar. Tais fatos fazem compreender que a monogamia se torna uma exceção e um mito de que, até na natureza, ela existe, isso porque tanto os machos quanto às fêmeas no reino animal possuem múltiplos parceiros.

Para Barash e Lipton (2007), a monogamia não era natural para o homem, conforme pesquisas feitas pelo antropólogo Ford e o psicólogo Beach, em 185 sociedades humanas,

> [...] 39% não apenas toleravam mas aprovavam as ligações sexuais extraconjugais, geralmente de tipos específicos. O incesto era a única proibição sexual consistente. O povo todo da Índia, por exemplo, não tinha o conceito de adultério e nem considerava imoral que um homem desse, de má vontade, sua esposa a outro. Em muitas sociedades, o sexo extraconjugal era limitado a determinadas categorias, como irmãos e cunhadas entre os sirianos do leste da Bolívia. Esses povos eram "monógamos", mas os homens podiam fazer sexo com as irmãs das esposas e com as esposas dos irmãos. As mulheres, por sua vez, podiam fazer sexo com os irmãos do marido e com os maridos das irmãs. Na tribo haida, homens e mulheres casados em geral podiam ter relações sexuais com qualquer um que pertencesse ao clã do cônjuge; no máximo, o marido ou a esposa podiam "objetar delicadamente". Normalmente, ele ou ela não o faziam. Em resumo, mesmo quando a monogamia foi a forma legalmente instituída de parceria, isso não inviabilizou algumas relações extraconjugais específicas, pelo menos em algumas sociedades humanas. A maioria dos povos do mundo, em toda a história e em todo o planeta, arranjou as coisas de forma que o casamento e a exclusividade sexual não significassem necessariamente o mesmo. Além de permitir o sexo extraconjugal entre parentes designados, muitas sociedades que seriam monógamas aprovavam o sexo extraconjugal em épocas especiais, notadamente festas religiosas ou de colheita, como o Carnaval brasileiro. (BARACH; LIPTON, 2007, p. 225).

Nas mudanças da família, no capítulo anterior, foi demonstrado que desde o período primitivo já se presenciava relações não monogâmicas, com a existência dos casamentos em grupos, onde as relações sexuais ocorriam de forma mais livre e os filhos só podiam ser identificados pela mãe, o que gerava incertezas quanto a paternidade. Indo contra a existência do matriarcado, adotou-se no Ocidente o modelo

[10] "A evolução animal criou uma série de obstáculos no aparelho reprodutor das fêmeas para dificultar a fertilização do óvulo por um espermatozoide. Por conta disso, espermas de machos diferentes diferem na probabilidade de conseguir fertilizar um óvulo. E a fórmula mais simples que as fêmeas têm para garantirem que serão fertilizadas por espermas de melhor qualidade é se acasalando com mais de um macho, criando o que os cientistas denominam de competição espermática" (VIANNA; SEMIRÁMIS, 2014, p. 5).

do patriarcalismo, em que sai de cena a preponderância da mulher e o homem passa a ser a figura central da família (ENGELS, 2020).

Nesse contexto, a monogamia se tornou um modelo a ser adotado para garantir a certeza da paternidade, para a procriação, para proibição do divórcio e de controle social, principalmente para a mulher, que se tornou subordinada ao homem.

Todavia, o sexo não é exclusivamente para reprodução, ele existe também para relações afetivas, diversão e prazer. Esse argumento se confirma com a invenção da pílula contra a gravidez, que foi lançada em 1960 nos Estados Unidos, o que significou novos hábitos sexuais, pois até então o sexo era tratado apenas como meio de reprodução (HARTL, 2020).

Culturalmente, a monogamia se justifica ao utilizar argumentos da biologia e da religião, sendo um meio para garantir a transmissão sucessória dos bens aos filhos de um casamento monogâmico.

No aspecto religioso, o casamento monogâmico aparece como padrão a ser adotado para o relacionamento conjugal, conforme a passagem de Gênesis (2:24) que da união de Adão e Eva, Deus diz que: “Portanto deixará o homem o seu pai e a sua mãe, e apegar-se-á à sua mulher, e serão ambos uma carne” (GÊNESIS, 2:24). A poligamia na Bíblia é uma exceção, como ocorreu com Lameque, descendente de Caim, que foi o primeiro homem a ser polígâmico segundo a tradição judaico-cristã.

A Igreja é a grande responsável pela adoção da monogamia como único modelo a ser seguido, uma vez que tem o casamento como sacramento indissolúvel, visto que o que “Deus uniu o homem não separa” (MATEUS, 19:6).

Todavia, diante da sociedade complexa e plural existente, paralelamente à monogamia, outras práticas eram realizadas contrariamente ao que pregava a Igreja e o ordenamento jurídico, como a infidelidade conjugal e relacionamentos simultâneos, só que

> embora a monogamia e o dever de fidelidade fossem obrigatórios tanto para homens quanto para mulheres, a rigidez das regras valia mais para mulheres, pois eventuais ‘desvios’ e até constituição de famílias paralelas eram socialmente aceitos quando realizados por homens (VIANNA; SEMIRÁMIS, 2014, p. 8).

Embora imposta a monogamia, tanto para homens quanto para mulheres, devido à desigualdade de tratamentos existentes entre os sexos, a prática de relacionamentos extraconjugais acabava moralmente sendo mais aceita quando era exercida pelos homens do que pelas mulheres. As mulheres tinham que se casar

virgens, não poderiam sair acompanhadas com homens que não tivessem nenhum parentesco, e, em casos de estupro, a mulher tinha que provar ser ‘honesta’. Porém, a obrigatoriedade do relacionamento monogâmico exigido pelo Estado se aplica para ambos os sexos, sem qualquer distinção.

E essa igualdade entre homens e mulheres foi sendo efetivada a partir do século XIX, onde a mulher conquistou seu direito ao voto, na década de 60 assuntos como mercado de trabalho, direitos reprodutivos, família, sexualidade fizeram parte da luta feminina.

A mulher casada, que era considerada relativamente incapaz e que necessitava de autorização do marido para realizar alguns atos da vida civil, conforme previsão no Código Civil de 1916, teve sua situação modificada se tornando capaz a partir da Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962, que é considerada o Estatuto da Mulher Casada. Com esse Estatuto a mulher passou a ser tratada de maneira igualitária.

Mais a frente, em 1977, com a Lei do Divórcio nº 6515, a monogamia vitalícia deixou de ser imposta e possibilitou relacionamentos sexuais exclusivos ao longo do tempo até que o divórcio os separe, conhecido como monogamia serial. Essa mudança foi muito desaprovada porque “nas discussões que precederam o advento da Lei do Divórcio, a monogamia serial foi duramente criticada por fundamentalistas religiosos que insistiam em querer equiparar o casamento civil ao sacramento católico do casamento monogâmico vitalício” (VIANNA; SEMIRÁMIS, 2014, p. 11).

O que se pode entender é que monogamia é uma escolha da pessoa em querer se relacionar exclusivamente com a outra, e argumentos religiosos não podem ser usados para impedir relacionamentos sexuais ou afetivos não monogâmicos. Nas sociedades contemporâneas, plurais e complexas, as pessoas se encontram em vários formatos de relacionamento e os mesmos devem ser respeitados.

Para saber se a monogamia é o modelo único adotado e imposto pelo ordenamento jurídico, é preciso verificar se ela é princípio ou valor. Sendo assim pergunta-se: a monogamia é um princípio obrigatório para toda entidade familiar?

Primeiro, se faz a distinção entre esses dois termos, já que o princípio é norma impositiva de dever ser, já os valores são tidos como aquilo que a sociedade acredita ser ‘bom’, ‘mau’, ‘certo’, ‘errado’ e que pode ou não ser aceito.

> O valor é sempre um relativo, na medida em que vale, isto é, aponta para uma relação, o princípio se impõe como um absoluto, como algo que não comporta qualquer espécie de relativização. O princípio é, assim, um axioma

> inexorável e que, do ponto de vista do Direito, faz parte do próprio linguajar desse setor de conhecimento. Não é possível afastá-lo portanto. O valor sofre toda a influência de componente histórico, geográfico, pessoal, social, local, etc. e acaba se impondo mediante um comando de poder que estabelece regras de interpretação- jurídicas ou não [...]. O princípio, não. Uma vez constatado, impõe-se sem alternativa de variação (NUNES, 2002, p. 5).

Dessa forma, entende-se que a monogamia não pode ser considerada um princípio, mas sim um valor, ligado às convicções religiosas e a um comportamento, um estilo de vida que pode ou não ser adotado pela pessoa. Não existe previsão na Constituição da República de 1988 sobre a monogamia como princípio, e eleva-la "à categoria de princípio é perpetuar o que o texto constitucional não disse; é vendar os olhos para inúmeras realidades familiares; é perseguir resultados desastrosos" (FIÚZA; POLI, 2015, p. 166).

O direito das famílias na contemporaneidade se baseia na autonomia privada, na liberdade de escolhas, na pluralidade de entidades famíliares, o que vai contra a ideia de que a monogamia deve ser imposta e considerada como princípio estruturante do direito das famílias.

E, conforme o entendimento de Fiúza e Poli (2015, p. 167), o direito das famílias passou por várias transformações, onde elevar a monogamia a categoria de princípio seria negar todas as conquistas históricas que foram adquiridas com muita luta ao longo de anos. "A monogamia somente é relevante para o Direito de Família quando seu avesso violar a dignidade da pessoa humana".

A insatisfação por relacionamentos monogâmicos tem aberto a possibilidade de relacionamentos poliamorosos, simultâneos e outros tipos de envolvimento afetivo e sexual. Pesquisas mostram que nestes tempos modernos os jovens estão trocando a monogamia por relacionamentos abertos conforme a Revista Veja,

> Um estudo desenvolvido nos Estados Unidos pelo economista David K. Levine, professor do Instituto Universitário Europeu, mostrou que entre 4% e 9% dos adultos americanos estavam envolvidos em algum tipo de relação aberta em 2020. No Brasil, as pesquisas pela pergunta "o que é relacionamento aberto?" aumentaram 70% nos últimos doze meses, enquanto a busca por "relacionamento aberto significado" cresceu 300%. (PÉCHY; BRAUN, 2021).

As pessoas estão perdendo o interesse pelos relacionamentos com exclusividade, e optando por relações consensuais, igualitárias e que permitem o sexo livre sem dar prioridade a um único companheiro ou cônjuge. As uniões livres são

espécies de relacionamentos não monogâmicos e que buscam satisfazer um desejo sexual. As uniões livres podem ou não ter a presença de sentimento.

O *swing* é um exemplo de relacionamento que envolve a troca de parceiros, se caracteriza por ser um envolvimento sexual entre dois casais estáveis e que desejam praticar o sexo com mais um ou mais pessoas juntas. As casas de *swing* são ambientes adequados para a ruptura da monogamia como modelo a ser adotado pelo casal.

Outro tipo de relação livre, vem da expressão francesa *ménage à trois*, que significa uma relação de três pessoas de forma erótica e hoje é uma das principais fantasias de muitas pessoas. Essa prática também acontecia entre os intelectuais como Jean-Jacques Rousseau, Catarina da Rússia, Frederich Engels, Simone de Beauvoir, Jean-Paul Sartre e Bianca Bienenfeld (LINS, 2020).

Já o poliamor também é uma possibilidade de se amar várias pessoas ao mesmo tempo, é um relacionamento baseado no consentimento e conhecimento de todos os envolvidos e uma pessoa pode amar “seu parceiro fixo e amar também as pessoas com quem tem relacionamentos extraconjugais, ou até mesmo ter relacionamentos amorosos múltiplos em que há sentimento de amor recíproco entre todos os envolvidos” (LINS, 2020, p. 397).

As redes sociais e os aplicativos são os principais aliados para se iniciar e propor relacionamentos abertos e livres. A contemporaneidade deixou de lado o jogo de sedução, de elogios e passou a ter uma nova forma de amar, “diferente da expectativa do amor romântico de sermos a única pessoa importante para o outro, terá como ingredientes principais o companheirismo e a solidariedade” (LINS, 2020, p. 386).

Para Lins (2020, p. 388), “as relações amorosas no futuro serão mais livres e, por isso mesmo, mais satisfatórias”. Isso porque, para muitos, os relacionamentos fechados, monogâmicos, com o tempo vão se esfriando e gerando insatisfação, sendo prazeroso novas experiências sexuais e afetivas.

Na sociedade plural contemporânea se torna inadmissível impedir que seja feita a escolha por qual relação afetiva e sexual adotar, e a monogamia deve ser considerada um sentimento, importando destacar que não faz parte do direito das famílias regulamentar questões axiológicas.

Assim, as famílias poliafetivas se baseiam em um relacionamento não monogâmico que possuem uma formação familiar diferente da tradicional, mas que

preservam a dignidade da pessoa, o respeito e o afeto. A autonomia no direito das famílias permite que a pessoa recrie múltiplas formas de amar, viver, sentir de forma que ela se realize enquanto sujeito e enquanto integrante de um núcleo familiar.

Qualquer forma de família, sendo típica ou atípica, monogâmica ou não monogâmica, merece proteção do Estado e não têm espaço para desigualdade, discriminação ou exclusão. Por isso, é preciso dar proteção jurídica para as novas formas de entidades familiares, como se discutirá a seguir.

4 ARRANJOS FAMILIARES

As famílias brasileiras passaram por um longo processo de construção e transformação. Esse processo foi gradual, pois envolveu diretamente sentimento, vidas pessoais, sexualidade, convicções morais e religiosas.

Todavia, diante de um cenário onde a sociedade é cada vez mais complexa, plural e dinâmica, houve, por consequência, mudanças também nas formas de constituição familiar. A família deixou de ter uma visão apenas econômica para se ter uma preocupação com a existência da pessoa, desse modo, com a finalidade de "promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto e no amor. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem" (FARIAS, 2002, p. 4).

Assim, as mudanças na sociedade e nas formas da pessoa pensar e agir geraram reflexos na vida familiar, surgindo novas relações sociais, econômicas, jurídicas.

A estrutura clássica de família, que era unidade de produção, hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e heterossexual, abriu espaço para um núcleo igualitário, democrático, afetivo, voltado para o crescimento pessoal, felicidade e dignidade dos membros que compõe a família.

Com essa nova leitura da família, o texto Constitucional trouxe no artigo 226 um rol exemplificativo de entidades familiares que recebem proteção do Estado, como é o caso do casamento, união estável e famílias monoparentais, sendo que seu *caput* possibilita que outros agrupamentos familiares que não estão tipificados no texto constitucional também recebam a mesma proteção do Estado, sem nenhum tipo de exclusão.

Conforme Farias e Rosenvald (2013), o artigo 226 da Constituição da República é um conceito

> [...] plural e indeterminado, firmando uma verdadeira clausula geral de inclusão. Dessa forma, são o cotidiano, as necessidades e os avanços sociais que se encarregam da concretização dos tipos" e são enfáticos ao afirmarem que "uma vez formados os núcleos familiares, merecem, igualmente, proteção legal (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 84).

Qualquer discurso que vise violar a dignidade da pessoa humana, que crie um sistema fechado de entidades familiares não esta fazendo uma leitura correta da Constituição da República de 1988, ou seja, qualquer interpretação que entenda que deve haver uma “exclusão de outras formas de entidades familiares não expressamente previstas é fruto de um problema de hermenêutica, pois da interpretação sistemática e teleológica dos preceitos constitucionais, decorre, indubitavelmente, a ideia de inclusão” (FARIAS, 2002, p. 7).

Assim, as pessoas já vivem em diversos formatos de família, contudo, alguns agrupamentos ainda se mostram invisíveis e necessitam do seu reconhecimento pelo Ordenamento Jurídico para surtir os efeitos jurídicos patrimoniais, independentemente de sua previsão legal. Através de uma leitura do princípio da pluralidade das entidades familiares, liberdade de escolha, autonomia, igualdade e dignidade da pessoa humana se torna possível incluir essas novas realidades de família à tutela jurídica.

Nesse sentido, a seguir serão descritas algumas possibilidades de arranjos familiares típicos e atípicos que se encontram presentes nessa sociedade complexa, marcada pela diversidade, como é o caso das famílias formadas pela relação de conjugalidade e de companheirismo, e as formadas por uma relação materno/paterno-filial. Não serão abordadas as famílias multiespécies, uma espécie de família formada por humanos e animais, pelo fato de essas famílias trazerem outra discussão, diferente do que é abordado nessa pesquisa.

4.1 Famílias eudemonistas

Diferentemente da família tradicional, a família atual é fundada em interesses de cunho mais existencial do que patrimonial, além de priorizar a igualdade, solidariedade, respeito, dignidade e afetividade. A família moderna deve ser “compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos” (LÔBO, 2004, p. 14).

Assim, o termo eudaimonismo, expressão que vem do grego, quer dizer felicidade e vem para ser empregado em uma nova leitura que se tem da família. Esse termo “*família eudemonista* é usado para identificar aquele núcleo familiar que busca

a felicidade individual e vive um processo de emancipação de seus membros" (MADALENO, 2018, p. 69).

A nova concepção de família, moldada pela afetividade, busca a realização pessoal dos membros que a compõem, a consideração e o respeito entre seus integrantes. A presença do eudemonismo como elemento estruturante do direito das famílias, está atrelado à essa busca pela felicidade e bem-estar da família, independentemente do modelo escolhido pela pessoa.

Para Fabíola Santos Albuquerque (202_), a eudemonia, no contexto da afetividade, presente no direito das famílias, deve ser analisada objetivamente quando é garantido ao indivíduo a inviolabilidade dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional, como a dignidade, igualdade, liberdade. Assim, cabe ao Estado contribuir com a efetivação da eudemonia para a pessoa, na medida em que ele proporciona ao indivíduo a garantia desses direitos.

A jurisprudência mineira já prevê esse conceito de família eudemonista em suas decisões, conforme trechos da ementa a seguir:

> Após o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu um novo paradigma para as entidades familiares, não existindo mais um conceito fechado de família, mas, sim, um conceito eudemonista socioafetivo, moldado pela afetividade e pelo projeto de felicidade de cada indivíduo. Assim, a nova roupagem assumida pela família liberta-se das amarras biológicas, transpondo-se para as relações de afeto, de amor e de companheirismo. (BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2013).

O trecho da ementa apresentada se refere a um Agravo de Instrumento interposto nos autos de uma Ação de Regulamentação de Visita onde o agravante pleiteava pelo afastamento do direito de visitas para o agravado, uma vez que ele não é o pai biológico de sua filha menor e não possuía vínculo afetivo com a mesma. Por outro lado, o agravado alega que registrou a criança por amor e carinho que tem pela mesma e que é o pai socioafetivo dela. O desembargador negou provimento ao recurso por entender que o caso se trata de família eudemonista e que é importante a manutenção dos laços de afeto, carinho e amor como forma de manter o bem-estar e o desenvolvimento da criança.

Independente do formato de família que a pessoa está inserida, seja ela proveniente do parentesco biológico, afetivo ou civil, existe na atualidade a presença dos traços da eudemonia, em que o intuito é o de promover a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, o cuidado e o bem-estar de todos os seus membros.

4.2 Tipos de família

Diante do rol exemplificativo previsto no artigo 226 da Constituição da República, segue alguns arranjos familiares previstos expressamente no texto constitucional e os não explícitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Deve-se notar que, todos esses tipos de família possuem características em comum, por estarem todos eles ligados pela afetividade, estabilidade e a ostensibilidade.

4.2.1 Casamento

O casamento tem um importante papel para a formação da família, já que é a instituição mais antiga que se tem. Contudo, não se fará uma abordagem aprofundada desse instituto porque este vem sendo tratado ao longo dos primeiros capítulos ao se demonstrar as suas transformações históricas em decorrência da alteração na legislação e nas mudanças culturais, sociais, morais e religiosas.

O casamento tinha estrita ligação e fundamento na religião. Era uma união indissolúvel onde a própria Bíblia contém passagens que demonstram essa característica. Segundo a Bíblia, quando Deus criou o homem e a mulher, Ele os abençoou e disse: “Sejam férteis e multipliquem-se! Encham e subjuguem a terra!” (GÊNESIS, cap.1, ver. 28), e, segundo a tradição católica, nesse momento o matrimônio foi instituído por Deus.

Outras passagens bíblicas por muito tempo serviram de influência para este instituto, que tem natureza civil. Em Mateus, por exemplo, capítulo 19, versículo 3 a 6, fica claro essa união sacramental e indissolúvel ao responder uma pergunta feita pelos fariseus sobre a possibilidade do divórcio por qualquer motivo e Jesus respondeu que:

> 4 "Vocês não leram que, no princípio, o Criador 'os fez homem e mulher'
> 5 e disse: 'Por essa razão, o homem deixará pai e mãe e se unirá à sua mulher, e os dois se tornarão uma só carne'?
> 6 Assim, eles já não são dois, mas sim uma só carne. Portanto, o que Deus uniu, ninguém separe. (MATEUS, cap. 19, versículo 4-6).

Nos escritos bíblicos, o casamento é uma união entre o homem e uma mulher. O Código de Direito Canônico, que é o conjunto de normas que regulam a Igreja Católica Apostólica Romana, contribui para conceituá-lo, em seu Cânone 1055, §1º, como um pacto realizado entre homem e mulher que “constituem entre si o consórcio íntimo de toda a vida, ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole, entre os baptizados foi elevado por Cristo Nosso Senhor à dignidade de sacramento” (CÓDIGO, 1983, p.186).

O Concílio de Trento, realizado em 1545, era um conselho que emitia decretos dogmáticos e reformas da Igreja e que previa essa interligação do casamento com a Igreja. E, somente em 1890, com o Decreto 181 é que houve a separação entre Igreja e Estado, sendo previsto o reconhecimento do casamento civil em 1891 com a Constituição da República (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2020).

Entretanto, a visão de que era uma união indissolúvel e a única forma de se constituir família ainda permaneceu com o Código Civil de 1916 que “reproduziu o perfil da família patriarcal, matrimonializada, hierarquizada e heterossexual, impondo à mulher e aos filhos obediência ao pater famílias, figura que se preocupava com a conservação do patrimônio” (VIEGAS, 2019, p. 194).

É nítido no Código Civil de 1916 essas características. Como já mencionado, o artigo 233 determina ser o marido chefe da sociedade conjugal. Outro exemplo é quando o Código traz a diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, ficando os legitimados equiparados aos legítimos e definindo no “art. 353. A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho (art. 229).” (BRASIL, 1916).

Pode-se citar também que no Código Civil de 1916 não eram reconhecidos os filhos adulterinos ou incestuosos, conforme demonstra o “Art. 358. Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos.” (BRASIL, 1916). Acrescenta-se que a desigualdade entre os filhos se mostrava quando o legislador não reconhecia que o pátrio poder fosse exercido aos filhos ilegítimos conforme dispõe o “Art. 379. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores” (BRASIL, 1916), todavia, depois com a redação da Lei nº 4121/1962 passou a determinar que competia o exercício do poder familiar aos pais, exercendo o marido com a colaboração da mulher (BRASIL, 1916).

Posteriormente, com a Lei do Divórcio, Lei nº 6515 de 1977, entrou em vigor e passou a regular os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, com seus respectivos efeitos, o que contribuiu para uma grande mudança de paradigma que depois foi confirmada no artigo 226, parágrafo 6º, da Constituição da República de 1988, ao dispor que: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” (BRASIL, 1988). Assim, o artigo 226, da mesma forma que demonstra ser o casamento uma instituição que deve ser protegida pelo Estado, também prevê a autonomia dos cônjuges em dissolvê-lo, provocando a desconstituição da família.

Ressalta-se que a Emenda Constitucional n. 66/2010, que modificou o artigo 226, parágrafo 6º, da Constituição da República de 1988 facilitou o procedimento da dissolução do vínculo conjugal, não mais se exigindo o requisito temporal que existia no sistema dual binário onde primeiro o casal teria que esperar 1 ano de separação judicial ou 2 anos da separação de fato para apresentar o pedido do divórcio. Ademais, o requisito culpa deixou de ser observado, bastando a simples vontade em não querer mais manter a comunhão plena de vida.

Outra significante contribuição para esse processo de transformação da família foi que a Constituição da República de 1988 trouxe outros modelos de família além do casamento, retirando a sua exclusividade enquanto entidade familiar, que durante muito tempo se manteve como única instituição reconhecida.

Pela Constituição da República, o artigo 226 traz a previsão de que o “§1º O casamento é civil e gratuita a celebração” e a de que “§2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei” (BRASIL, 1988), o que implica em uma formalidade a ser seguida para que haja existência do ato, uma vez que é preciso seguir uma solenidade como a habilitação, publicação dos editais, cerimônia e registro.

O Código Civil de 2002 também traz a previsão em um subtítulo exclusivo sobre o casamento, ressaltando que é necessário cumprir algumas formalidades como a habilitação, a manifestação da vontade em estabelecer o vínculo conjugal, contudo, ainda mantém a visão de que é uma união entre homem e mulher, conforme preconiza o artigo 1514 ao definir que: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados” (BRASIL, 2002).

Nesse contexto, ainda pensamentos arcaicos prevaleciam, como o de que a finalidade do casamento seria para manutenção das relações sexuais e para procriação. Assim, seu objetivo era mais para atender as exigências legais para sua

validade e para continuar afirmando um pensamento moral, religioso e social, do que o de buscar a proteção, solidariedade e felicidade dos membros que o compunham.

Esse cenário centralizado na patrimonialidade, formalidade, patriarcalismo abre espaço para novas concepções, o que possibilitou a finalidade do casamento a ser considerada como o estabelecimento pleno de vida e o livre desenvolvimento da personalidade.

Mudanças significativas foram acontecendo, uma delas foi o casamento de pessoas do mesmo sexo, conforme previsão do Conselho Nacional de Justiça que criou a Resolução 175/2013 que obrigava os cartórios celebrarem casamentos civis e converterem a união estável em casamento, assim como ocorre com o de heterossexuais, conforme dispõe o artigo 1º "É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo" (BRASIL, 2013).

A concepção do casamento vem sendo revisada com a mudança de concepção do conceito de família. Os papéis vão deixando de ser definidos entre homem e mulher, até mesmo devido a igualdade entre os sexos, a possibilidade de casamento entre homossexuais se torna uma conquista, a própria escolha em querer casar-se, romper o vínculo ou constituir outro tipo de entidade familiar foram aos poucos fazendo diferença na sociedade. Contudo, há muito o que ser reformulado e repensado, notadamente porque esse instituto ainda é considerado estrutura de uma sociedade organizada e possui ainda muita intervenção do Estado na relação familiar.

4.2.2 União estável

Depois do casamento, e diante as uniões informais que existiam no Brasil, foi necessário o reconhecimento da união estável como entidade familiar.

Na visão de Almeida e Rodrigues Júnior (2012), o casamento não era a única instituição que existia. Simultaneamente a ele, além de famílias organizadas por mulheres nos anos de 1765 a 1850 devido as expedições bandeirantes, a viuvez bem como mulheres que tinham filhas solteiras, a classe mais humilde vivia em uniões estáveis por não terem condições de pagarem as despesas cartorárias exigidas para o casamento. Assim, o instituto do casamento nos séculos XVIII e XIX dependia da situação econômica do casal e as consequências para se viver em uniões livres é a

de a sociedade a considerá-las famílias imorais que estavam fora da tradição da Igreja.

Mesmo havendo preconceito pelas famílias formadas por uniões estáveis, ainda assim as pessoas continuavam adotando esse tipo de relacionamento. Contudo, só havia família com proteção do direito das famílias se houvesse o ato solene do casamento. E, para aquelas pessoas que se casavam e pelo fato de o casamento ser indissolúvel, havendo a separação de fato e não podendo se casar, o direito intitulava esse relacionamento entre homem e mulher como concubinato.

O Código Civil de 1916 não trouxe previsão de união estável e “nunca o relacionamento livre entre homem e mulher foi tratado como crime ou ato ilícito, mas as suas consequências se projetavam, tão só, no âmbito do Direito das Obrigações afastado do Direito das Famílias” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 513).

O concubinato, como era conhecida a união estável, passou a ser reconhecido apenas pelas questões patrimoniais, para evitar enriquecimento ilícito. O judiciário reconhecia o direito de alimentos da companheira com o título de indenização por serviços domésticos e esse tipo de relacionamento era considerado de sociedade de fato.

As ações envolvendo essa união eram discutidas nas varas cíveis, e não nas de família, e o companheiro não tinha direito real de habitação, nem usufruto de parte dos bens, e nem mesmo direito de herança ao companheiro sobrevivente (DIAS, 2013).

Com a Constituição da República de 1988 é que houve previsão da união estável, juntamente com o casamento e a família monoparental, ao estabelecer conforme o artigo 226, parágrafo 3º, que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988).

Mesmo havendo um avanço em decorrência da previsão legal da união estável na Constituição da República, ainda existe resquícios de exclusão das uniões estáveis formadas por casais homossexuais, isso porque a redação do texto remete a união entre um homem e uma mulher.

Além da previsão Constitucional, a união estável passou a ser regulamentada pela Lei n. 8.971/94, onde trazia previsão do direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão. A lei trazia os requisitos para o reconhecimento da união estável que eram convivência há mais de cinco anos ou existência de filhos em comum. Outro

fator presente na lei era o reconhecimento de união estável apenas de pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas, mas menos a de pessoas separadas de fato.

Não cessando a Lei n. 8.971/94, mas extirpando os seus requisitos, com a entrada em vigor da Lei n. 9.278/96, o conceito de união estável passa a ter previsão no artigo 1º em que determina que: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família” (BRASIL, 1996).

A Lei n. 9278/96 também retira o requisito temporal de 05 anos e a existência de prole em comum, bastando apenas demonstrar seus requisitos previstos no artigo 1º. Outras conquistas dos companheiros vieram com a abrangência da Lei n. 9.278/96, que definiu a competência para julgar as ações de união estável nas varas de família e não nas cíveis, assegurou ao companheiro sobrevivente direito ao usufruto e reconheceu o direito real de habitação.

Além de conceituar a união estável, a lei prevê direitos e deveres dos companheiros como o respeito e consideração mútuos, assistência moral e material e guarda, sustento e educação dos filhos (BRASIL, 1996).

Já o Código Civil de 2002 trouxe previsão da união estável nos artigos 1723 a 1727. Além dos direitos e deveres previstos na Lei n. 9.278/96, o Código Civil incluiu o dever de lealdade. Outros direitos foram garantidos pelo Código Civil de 2002, como o direito a alimentos, o exercício do poder familiar a ambos os companheiros e o direito de instituir bem de família.

E, da mesma forma que na Lei n. 9278/96 é dado o conceito e requisitos da união estável, o Código Civil de 2002 também traz esses mesmos requisitos para sua constituição, no artigo 1723, ao dispor que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

A publicidade da união estável demonstra que ela deve ser notória e não pode ser oculta, “exige o art. 1723 do Código Civil, para que se configure união estável, que a convivência, além de contínua e duradoura, seja pública” (GONÇALVES, 2013, p. 621). Já o requisito continuidade quer dizer que a união estável não deve sofrer interrupções, o relacionamento deve ser duradouro. Contudo, a lei não traz um prazo determinado a ser observado para que se configure a união estável, sendo preciso analisar o caso concreto.

Quanto ao objetivo de constituir família é o de concretamente viver em família, e não planejar no futuro ter uma família. Esse *animus familiae* “é elemento subjetivo dizendo respeito à intenção do casal de estar vivendo como se fossem casados. É o tratamento recíproco como esposos, integrantes de um mesmo núcleo familiar, com objetivos comuns a serem alcançados em conjunto” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 532).

A ausência de impedimentos matrimoniais também é um requisito subjetivo a ser observado para o reconhecimento da união estável, uma vez que a lei determina, no artigo 1723, que: “§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente” (BRASIL, 2002).

A diversidade de sexos era outro requisito a ser considerado porque, tanto pela legislação tanto constitucional quanto pela infraconstitucional, a união estável deveria acontecer entre um homem e uma mulher. Contudo, com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277, de 05 de maio de 2011, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, o STF reconheceu como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo, o que trouxe mudanças consideráveis e de igualdade entre homossexuais e heterossexuais.

Há uma distinção importante que deve ser feita, uma vez que ora se menciona concubinato, e ora união estável. Tais expressões têm conceitos diferentes. O concubinato era dividido entre puro e impuro, sendo o puro para se tratar de pessoas que poderiam se casar e o impuro se referia a pessoas impedidas de se casar. Somente com a Constituição da República de 1988 é que o concubinato puro passou a ser chamado de união estável, ainda permanecendo a expressão concubinato impuro, que engloba o adulterino e o incestuoso, além de ter como justificativa para o seu não reconhecimento como entidade familiar o caráter monogâmico. Gonçalves (2013) é enfático ao dizer nem todos os impedidos de se casarem são concubinos porque o próprio artigo 1723, §1º do Código Civil reconhece a união estável de pessoas separadas de fato.

O artigo 1727 do Código Civil deixa claro que: “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar-se, constituem concubinato” (BRASIL, 2002). Todavia, essa palavra concubinato remete a ideia de preconceito e Dias (2013) tem o entendimento de que:

> Nitidamente punitiva a postura da lei, pois condena à invisibilidade e nega proteção jurídica às relações que desaprova, sem atentar que tal exclusão pode gerar severas injustiças, dando margem ao enriquecimento ilícito de um dos parceiros, certamente do homem. A essas relações é que faz referência a lei ao autorizar a anulação de doações (CC 550 e 1642 V), suspender o encargo alimentar (CC 1708) e impedir a possibilidade de "o concubino do testador casado" ser nomeado herdeiro ou legatário (CC 1801 III) (DIAS, 2013, p. 179).

Quanto à união estável de pessoas impedidas de se casar ainda é tema de discussão para a doutrina e jurisprudência, fato é que houve um avanço nesse instituto que hoje é reconhecido pelo ordenamento jurídico como entidade familiar, sendo ela formada por casais heterossexuais ou homossexuais.

O que há de ser considerado é que se no relacionamento houver a presença da afetividade, estabilidade e ostensibilidade deve ser considerado família, e sendo família, merece proteção do Estado, com tratamento igualitário e digno para todos os membros que compõe à família.

4.2.3 Família monoparental

Reconhecer famílias monoparentais é enfatizar a existência da pluralidade das entidades familiares. A família monoparental é a formada por um dos pais e seus descendentes. Encontra-se prevista no artigo 226, parágrafo 4º, da Constituição da República de 1988, ao dispor que: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (BRASIL, 1988).

Madaleno (2018) define as famílias monoparentais:

> [...] são usualmente aquelas em que um progenitor convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos. Tecnicamente são mencionados os núcleos monoparentais formados pelo pai ou pela mãe e seus filhos, mesmo que o outro genitor esteja vivo, ou tenha falecido, ou que seja desconhecido porque a prole provenha de uma mãe solteira, sendo bastante frequente que os filhos mantenham relação com o progenitor com o qual não vivam cotidianamente, daí não haver como confundir família monoparental com lugar monoparental (MADALENO, 2018, p. 49).

Como define o autor, as famílias monoparentais são aquelas configuradas pela existência de uns dos pais que assume a responsabilidade do filho.

A formação de famílias monoparentais pode ser em decorrência de várias situações como adoção, rompimento do vínculo conjugal ou dissolução da união estável, viuvez, abandono ou pela produção independente.

No Brasil, a família monoparental encontra-se presente na maioria dos lares, principalmente formadas pela mulher e seus filhos. A monoparentalidade feminina tem crescido cada vez mais, fazendo com que as mulheres precisem desenvolver várias funções como a de chefe de família, desempenhar as tarefas domésticas e cuidar dos filhos. “No que tange a monoparentalidade feminina, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aponta que 12 milhões de mães criam seus filhos sozinhas, sendo mais de 64% as que vivem abaixo da linha da pobreza” (PARNES, 2021, s.n.).

As reproduções independentes, a possibilidade do divórcio, os relacionamentos momentâneos e aqueles em que o genitor acaba não assumindo o filho têm contribuído para a monoparentalidade feminina, são “mais de 5,5 milhões de adultos que nunca tiveram, em seus registros, o reconhecimento do pai” (PARNES, 2021, s.n.). A Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais (ARPEN) menciona que “apenas em 2020, quase 81 mil crianças registradas nos cartórios brasileiros possuem apenas o nome das mães nas certidões de nascimento” (PARNES, 2021, s.n.).

A opção pela monoparentalidade feminina faz parte do empoderamento da mulher e de suas conquistas econômicas, sociais, familiar, que se deram ao longo dos tempos e que as deixa menos vulneráveis socialmente, uma vez que assumem a família e não dependem da figura masculina.

Quanto à monoparentalidade masculina, o percentual é menor, mas acontece em situações de viuvez, abandono da criança pela mãe, a atribuição da guarda unilateral ou a guarda compartilhada onde o menor fica sob a companhia do genitor. No censo de 2010, “Aumentou em 1 ponto percentual a ocorrência de famílias monoparentais femininas (com ou sem parentes), de 15,3% para 16,2%, enquanto as masculinas (com ou sem parentes) se mantiveram nos mesmos patamares, 1,9% para 2,4%” (IBGE, 2010, p. 70).

Para demonstrar esse baixo percentual de famílias monoparentais masculinas, “em 2004 foram mapeadas o total de 17,7% de famílias monoparentais chefiadas por homens em oposição às 82,3% das famílias monoparentais chefiadas pelas mulheres” (VILAS-BÔAS, 2019).

As famílias monoparentais só têm previsão no texto constitucional, sendo necessário um regulamento próprio para efetivar direitos, deveres e demais garantias específicas. Contudo, merecem a devida proteção do Estado, sendo-lhes aplicáveis os princípios fundamentais da Constituição da República e as normas do direito de família.

4.2.4 Família homoafetiva

Tanto o casamento quanto a união estável para a legislação constitucional e infraconstitucional são de um homem com uma mulher, isso porque apenas se reconhecia os relacionamentos heterossexuais, havendo uma certa discriminação com o reconhecimento de entidades familiares formadas por homossexuais.

A jurisprudência, durante muito tempo, entendia o relacionamento entre homossexuais como sociedade de fato, a serem decididos os conflitos nas varas cíveis e não de família. O STJ em sede de recurso especial era expresso:

> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO.HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA.
> 1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações.
> 2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele munus, sem questionamento por parte dos familiares.
> 3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts.1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família.
> 4. Recurso especial não conhecido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2005),

Os relacionamentos homoafetivos não eram considerados entidades familiares, o que violava os princípios constitucionais. Todavia, esses relacionamentos se tornaram cada vez mais presentes e mais públicos levando os casais a recorrerem ao judiciário para o reconhecimento dos efeitos jurídicos patrimoniais advindos da união.

Dias (2013) contribui que:

> Necessário é encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não soluciona as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. Não há como chancelar o enriquecimento injustificado e deferir, por exemplo, no caso de morte do parceiro, a herança aos familiares, em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a amealhar patrimônio e se vê sozinho e sem nada (DIAS, 2013, p. 73).

Se tornava injusto para o companheiro que estava junto a todo o momento, apoiando, dando assistência e incentivando, e não ter garantido os efeitos jurídicos do relacionamento. Com o tempo, o Superior Tribunal de Justiça, embora não reconhecesse os relacionamentos homoafetivos como entidade familiar, passou a garantir direitos como os previdenciários, conforme demonstra parte da ementa a seguir:

> Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2006).

Outro avanço foi determinar que os conflitos das relações homoafetivas passassem a ser julgados não mais nas varas cíveis e sim nas de família, e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi pioneiro em decidir as questões que envolvem as relações de afeto nas varas de família. “Sempre de forma inovadora, o TJRS admitiu a possibilidade jurídica da declaração da família designada como união estável homoafetiva, estabelecendo posição de vanguarda, mediante a invocação expressa dos princípios constitucionais [...]” (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2020, p. 32).

Diante de tantas discussões acerca da injustificada discriminação em relação a orientação sexual, em 2011 o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, buscando uma interpretação extensiva do artigo 1723 do Código Civil para os casais homoafetivos.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, do Distrito Federal, com ementa publicada em outubro de 2011, dispõe que deve haver a isonomia tanto entre casais heterossexuais quanto homossexuais, para que tenham igual direito à formação de uma autonomizada família. Então, desde que a união seja pública, contínua, notória e com *animus* de constituir família, o direito deve reconhecer como família. O relator Ministro Ayres Brito é enfático ao dizer que cabe ao STF “manter a

Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçadamente preconceituoso ou homofóbico" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2011).

Com a procedência tanto da ADI 4277 quanto da ADPF 132, as uniões homoafetivas foram equiparadas às uniões estáveis, quebrando paradigmas eivados de preconceito, uma vez que foi reconhecida a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis por casais homoafetivos. E, em 2013, outra novidade foi a possibilidade de casamentos homoafetivos, nos termos da Resolução n. 175 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe em seu artigo 1º que "É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo" (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2013).

Dessa forma, escolher o tipo de família em que mais a pessoa se sinta realizada, independente de ela ser formada com pessoas de mesmo sexo ou não, é uma garantia constitucional com base nos princípios da liberdade, igualdade, dignidade. O respeito e a consideração por famílias homoafetivas devem existir, já que é um direito da pessoa buscar a felicidade e constituir sua família, sendo proibido qualquer discriminação em função do sexo.

4.2.5 Família anaparental

A família anaparental é aquela formada com a ausência de um ascendente, ou seja, "é aquela formada entre irmãos, primos ou pessoas que têm uma relação de parentesco entre si, sem que haja conjugalidade entre elas e sem vínculo de ascendência ou descendência" (PEREIRA, 2021).

Contudo, essa família anaparental não se restringe apenas na relação entre parentes, é possível configurá-la numa relação entre amigos que dividem a mesma residência, que compartilham o dia a dia, que adquirem patrimônio em conjunto através da comunhão de esforços, que se apoiam junto aos problemas e vitórias e que não têm intuito sexual no relacionamento.

A convivência entre essas pessoas que são parentes ou não entre si com os mesmos propósitos deve ser reconhecida como família anaparental e a grande

discussão que fica é em relação ao patrimônio adquirido na constância da entidade familiar formada.

Dias (2013) procura exemplificar essa situação quando ocorre o falecimento de uma das irmãs que vivem em uma família anaparental.

> Na hipótese de falecimento de uma delas, descabe dividir os bens igualitariamente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária. Também reconhecer mera sociedade de fato e invocar a súmula 380, para conceder somente a metade dos bens a sobrevivente, gera flagrante injustiça para com quem auxiliou a amealhar dito patrimônio. A solução que se aproxima de um resultado justo é conceder à irmã, com quem a falecida convivia, a integralidade do patrimônio, pois ela, em razão da parceria de vidas, antecede aos demais irmãos na ordem de vocação hereditária. Ainda que inexista qualquer conotação de ordem sexual, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as disposições que tratam do casamento e a da união estável. Cabe lembrar que essas estruturas de convívio em nada se diferenciam da entidade familiar de um dos pais com seus filhos e que também merece proteção constitucional (DIAS, 2013, p. 55).

Como não existe previsão dos efeitos sucessórios em relação à família anparental, ainda se torna um tema de discussão na doutrina e de análise do judiciário conforme o caso concreto.

O judiciário já reconhece a família anaparental como entidade familiar, conforme expõe a decisão de Recurso Especial nº 1.217.415, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi. No recurso discutia-se a impossibilidade de adoção praticada por irmãos, uma vez que essa modalidade não possui previsão expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 42, parágrafo 5º, que admite adoção em conjunto em caso de casamento ou união estável. Segue trechos da ementa:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMILIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE.
> Ação anulatória de adoção post mortem, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado - maior interdito -, na qual aponta a inviabilidade da adoção post mortem sem a demonstração cabal de que o de cujus desejava adotar e, também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos. [...] O art. 42, § 2º, do ECA, que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades, entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade. A existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de

> família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas. [...] O fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte. Nessa senda, a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2012).

A ementa acima demonstra o reconhecimento da família anaparental pelo STJ, que inclusive entendeu o tratamento igualitário entre a família anaparental e outros grupos de família existentes, a ponto de buscar uma flexibilização da regra para acompanhar as transformações da sociedade. Mesmo no caso em análise não enquadrando a adoção em conjunto na hipótese de casamento ou união estável, o mais importante é a existência de um núcleo familiar estável, que não pode se restringir apenas na família tradicional. A decisão deixa claro também que independente do estado civil das partes, se torna relevante identificar se naquele núcleo formado, os elementos subjetivos de uma entidade familiar estavam presentes. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2012).

Também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconhece em decisões a família anaparental. A título de exemplo, os autores ajuizaram ação em face do Município pleiteando pelo auxílio-funeral devido pelo falecimento de sua irmã e cunhada. O contestante alegou que os parentes da falecida, na condição de servidora, não se enquadravam no conceito de família nos termos da Constituição da República de 1988, o que impede o pagamento do auxílio funeral. O argumento do judiciário se deu no sentido de que deve haver uma interpretação sistemática tanto da Constituição da República de 1988 quanto no Código Civil, que fala do instituto do parentesco, e de que a interpretação majoritária é pelo reconhecimento de outras entidades familiares como a anaparental, homoafetiva e socioafetiva, mesmo que não previstas expressamente na Constituição de 1988 (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2016).

Segue a ementa:

> APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO ADMINISTRATIVO E PREVIDÊNCIÁRIO - AUXÍLIO FUNERAL - PREVISÃO LEGAL DO BENEFÍCIO - DEVER DE PAGAMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO - IRMÃ E CUNHADO - FAMILIARES - PARENTES PELO CONCEITO DO CÓDIGO CIVIL - INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO AO CONCEITO DE FAMÍLIA - RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. A expressa previsão em lei local acerca do auxílio-funeral devido aos familiares do servidor público falecido obriga o seu pagamento pelo Município.
> 2. Nos termos dos arts. 1.592 e 1.593 do Código Civil, tanto a irmã quanto o cunhado são parentes da falecida, integrando, portanto, seu núcleo familiar.
> 3. Inexiste qualquer intenção restritiva na Constituição Federal ao estabelecer o conceito de entidade familiar como "comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (art. 226, §4º). Pelo contrário, a interpretação doutrinária e jurisprudencial majoritária aponta pela ampliação do conceito, de forma a abarcar a família anaparental.
> 4. Recurso não provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2016).

Como não existem leis para regulamentar a família anaparental, ainda é preciso recorrer ao judiciário para reconhecê-la enquanto família, e assim pleitear por seus efeitos jurídicos em relação a alimentos, sucessão e pensão previdenciária. Ainda há muito o que se caminhar, mas é um grande passo os tribunais já reconhecerem em decisões esse agrupamento de pessoas como entidade familiar. Todavia, não se pretendeu esgotar o assunto ou discutir todos os pontos de divergência e correntes que existem sobre a família anaparental, por não ser objeto de análise deste estudo.

Contudo, é preciso compreender que a Constituição da República de 1988 não elencou todos os tipos de família existentes. Havendo a presença dos elementos configuradores da entidade familiar, e no caso das famílias anaparentais, existindo a constância na convivência bem como assistência material e afetiva, a busca pelo crescimento um do outro, não há o porquê restringir e não reconhecer como entidade familiar.

4.2.6 Família reconstituída

Também conhecidas como famílias compostas, pluriparental ou mosaico, as famílias reconstituídas são aquelas relações em que uma pessoa agrega a uma família preexistente formando-se uma nova família. Nesse sentido, “a família que até então era monoparental, deixa de sê-lo, tornando-se recomposta, ao unir casais em que pelo menos uma das partes já tem um filho” (VALADARES, 2016, p. 113), se torna requisito imprescindível a existência de um filho anterior à atual família.

A concepção de família reconstituída demonstra que o vínculo biológico não é hoje o principal fator de constituição da família, novos vínculos como o civil e o socioafetivo fazem parte da relação familiar e, portanto, para configuração da família reconstituída não há a necessidade de filhos em comum entre o casal, mas é preciso que um deles ou ambos tenham filhos vindos de um relacionamento anterior.

Segundo Taísa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá (2016, p. 58) “a família é expandida, criando-se uma rede social mais inter-relacionada e complexa”, assim, além de novos casamentos que vão surgindo, as uniões estáveis homoafetivas e heteroafetivas também formam novos núcleos familiares que configuram essas famílias reconstituídas (LIMA; SÁ, 2016).

Devido ao crescimento do número de divórcios, de rompimentos de união estável, produção independente, o censo demográfico de 2010 registra que “16,3% das famílias são consideradas reconstituídas, ou seja, são núcleos familiares que podem ter sido constituídos depois da separação ou morte de um dos cônjuges” (BAND, 2012), desses dados se extrai que:

> Ao todo, das 27.423.734 famílias recenseadas formadas por casais com filhos, 83,8% delas – o que soma 22.977.475 – são formadas por casais e filhos desse casal. Outras 1.584.912 (5,8%) são constituídas pelo casal e um ou mais filhos do responsável. Famílias onde há o casal e apenas filhos do cônjuge somam 918.182 (3,4%). Outras configurações de famílias somam 7,1% (BAND, 2012).

Nessa nova família que se forma, os integrantes são chamados de padrasto, madrasta, enteado e enteada, e a relação gera vínculo de afinidade[11] que, com o tempo, devido a formação de elos e com a existência da posse de estado de filho, essa relação que era apenas de afinidade pode se tornar de afetividade.

Se tornando uma relação em que a afetividade se encontra presente, onde o padrasto ou madrasta passa a ter pelo enteado e enteada o dever de cuidar, educar e assistir, faz surtir nesse tipo de comportamento responsabilidades e efeitos jurídicos. Isso porque “não basta o vínculo por afinidade para a produção de efeitos jurídicos entre os membros das famílias recompostas, já que a simples afinidade não gera por si só efeitos decorrentes da relação parental” (VALADARES, 2016, p. 122).

[11] A afinidade é um termo usado para os parentes que são originados através do casamento ou união estável. Segundo o artigo 1.595. “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável” (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, somente a convivência entre padrasto/madrasta e enteado/enteada “do casal, ou par, pode criar um vínculo afetivo correspondente á posse de estado de filho, o qual constituirá uma relação jurídica filial, caso exista uma vontade inequívoca deste último sujeito de ver-se declarado pai ou mãe do primeiro” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 55).

O vínculo da socioafetividade entre enteado/enteada e padrasto/madrasta se enquadra no artigo1.593 que diz que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem” (BRASIL, 2002), então esse termo ‘outra origem’ é que vem justificar a relação paterno/materno-filial socioafetiva porque nem sempre a figura do padrasto desempenha o papel de pai, é preciso criar essa afetividade para gerar direitos e deveres (VALADARES, 2016).

Em 2009, foi promulgada a Lei n. 11.924, conhecida como Lei Clodovil, onde acrescentou o parágrafo 8º do artigo 57 que diz:

> O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente
> que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família (BRASIL, 2009).

A consequência gerada é que esse pai e essa mãe por afinidade podem ter o seu nome de família incluído na certidão de nascimento do enteado ou enteada. Ressalta-se que dessa relação de afinidade pode se tornar uma relação afetiva com garantia de direitos e deveres.

Essas situações de famílias reconstituídas foram chegando nos tribunais e, como não existia regulamento próprio, as decisões visavam garantir e verificar o melhor interesse do menor. Assim, a filiação socioafetiva, vinda dessas famílias reconstituídas passa a ser uma realidade recorrente no judiciário que, num primeiro momento, entendia que o reconhecimento da filiação biológica excluía a socioafetiva e vice-versa.

Todavia, em 2016, na ação do Recurso Extraordinário de Repercussão Geral nº 898060-SC, que foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal, ficou decidido sobre a possibilidade da multiparentalidade com a coexistência da paternidade biológica e afetiva. Nesse formato não há mais que se falar em priorizar a família biológica em detrimento da socioafetiva e sim em multiparentalidade, que é a possibilidade da dupla

paternidade ou maternidade, tendo a pessoa vários pais ou mães em seu registro e com existência de efeitos jurídicos sucessórios, previdenciários, alimentares e etc.

Parte da ementa prevê que:

> [...] 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016).

Os argumentos do Recurso Extraordinário para deferir a coexistência da paternidade/maternidade biológica e a afetiva se concentraram no fundamento de que o tratamento dado ao parentesco deve ser baseado no princípio da dignidade da pessoa humana e na busca pela felicidade. A decisão demonstra, ainda, que os impedimentos legais para o desenvolvimento das famílias formadas pelo afeto devem ser superados, em virtude da dignidade da pessoa humana, e que esse direito à felicidade pressupõe o exercício de autodeterminação e liberdade de escolha dos sujeitos, não cabendo ao Estado restringir as vontades dos particulares. Ademais, a pessoa não pode ser reduzida "a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016).

Em relação a formação de vínculos paterno/materno socioafetivo que sempre precisaram de recorrer ao judiciário para reconhecer, o Provimento n. 63 de 14 de novembro de 2017, com alterações do Provimento n. 83, de 14 de agosto de 2019, facilitou o reconhecimento voluntário da paternidade/maternidade de pessoas maiores de 12 anos perante os oficiais de registro civil de pessoas naturais, desde que essa relação paterno/materno filial seja estável e exteriorizada socialmente, conforme demonstração de elementos concretos desse vínculo afetivo criado como mesmo domicílio, representação dos pais socioafetivos na escola, inscrição do menor em plano de saúde ou em órgão de previdência além de fotos em conjunto em diversos

momentos e declaração de testemunhas (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2017).

A família reconstituída é mais um exemplo de entidade familiar que foi se formando na sociedade plural e que tem buscado experimentar novas formas de se viver e, portanto, merece total proteção do Estado.

4.2.7 Família simultânea ou paralela

Embora seja uma realidade em muitos lares brasileiros, uma das famílias que não são tipificadas e, portanto, não são reconhecidas, e nem possuem regulamento próprio, são as famílias simultâneas ou também conhecidas como paralelas.

> A simultaneidade familiar diz respeito à circunstância de alguém se colocar concomitantemente como componente de duas ou mais entidades familiares diversas entre si. Trata-se de uma pluralidade sincrônica de núcleos diversos que possuem, entretanto, um membro em comum (RUZKY, 202_, p.1).

Todavia, o ordenamento jurídico não permite uniões simultâneas. Primeiro, por adotar o princípio da monogamia, segundo porque a própria legislação civilista afasta qualquer possibilidade de pessoas casadas se casarem, conforme define o artigo 1521, VI, onde determina que são impedidos de se casar pessoas já casadas, e o artigo 1727, que determina que a “as relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de casar-se, constituem concubinato” (BRASIL, 2002). Ademais, dentre os deveres do casamento encontra-se presente a fidelidade e para a união estável está a lealdade (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2020).

Dessa forma, para se contrair um novo casamento, é preciso romper o vínculo conjugal e para que haja a configuração da união estável é preciso os companheiros estarem separados de fato, divorciados, solteiros, viúvos. O que não é reconhecido pelo judiciário é a existência de uma união estável coexistente com o casamento ou duas uniões estáveis simultâneas.

Em 2008, Ponzoni (2008) já apontava três tipos de posicionamento sobre as famílias simultâneas e que posteriormente em 2015 também foram mencionadas por Tartuce (2015). O primeiro deles era o de que não haveria possibilidade de reconhecimento da união estável concomitante, isso porque o princípio da monogamia, a fidelidade e a lealdade são requisitos a serem observados e caso não

seja, estar-se-ia falando em permitir a bigamia e a poligamia no ordenamento jurídico brasileiro. A segunda corrente reconhece a união simultânea desde que houvesse a presença da boa-fé, onde um dos membros do relacionamento não tenham conhecimento do relacionamento coexistente, o que configuraria união estável putativa, por analogia ao casamento putativo do artigo 1.561, que dispõe: “Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória”, e seu “§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão” (BRASIL, 2002).

Por conseguinte, o companheiro de boa-fé poderá requerer a união estável putativa e terá todos os direitos além de pleitear por uma indenização por danos morais devido à má-fé do companheiro. Flavio Tartuce (2015) comunga desse entendimento por achar que seria o mais justo, considerando o princípio da eticidade que protege aquele que se encontra com a boa-fé subjetiva.

E, por último, a terceira corrente se refere ao reconhecimento de todas as uniões estáveis simultâneas, existindo ou não a boa-fé, desde que preenchido os requisitos do artigo 1723 do Código Civil, que fala que a união deve ser pública, contínua, notória e com *animus* de constituir família. Nesse sentido, é o posicionamento de Dias (2013):

> O concubinato, chamado de adulterino, impuro, improprio, espúrio, de má-fé e até de concubinagem, é alvo do repúdio social, legal e judicial. A doutrina insiste em negar-lhe efeitos positivos na esfera jurídica. Mas nem assim essas uniões deixam de existir, e em larga escala. Não há como negar que são relações de afeto e, apesar de serem consideradas invisíveis, geram efeitos jurídicos. Presentes os requisitos legais, a justiça não pode deixar de reconhecer que configuram união estável, sob pena de dar uma resposta que afronta a ética, chancelando o enriquecimento injustificado. Depois de anos de convívio, descabido que o varão deixe a relação sem qualquer responsabilidade pelo fato de ele- e não ela- ter sido infiel. Ou seja, a repulsa aos vínculos afetivos concomitantes não os faz desaparecer, e a invisibilidade a que são condenados só privilegia o “bígamo”: concede ao infiel verdadeira carta de alforria, pois tudo pode fazer e nada pode lhe ser exigido (DIAS, 2013, p. 47).

Assim, a compreensão desse terceiro posicionamento é o de que o não reconhecimento das uniões estáveis simultâneas estaria negando uma realidade da sociedade moderna e, ao mesmo tempo, favorecendo e sendo conveniente àquele que se encontra nessa situação de relacionamento paralelo, sem gerar nenhuma

consequência para ele no tocante a deveres em relação a assistência, respeito, alimentos, partilha dos bens adquiridos na constância dentre outros.

O STJ, em decisão da 3ª Turma, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, demonstra que:

> - As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses. - Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. - Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2010).

Um dos argumentos utilizados para impedir o reconhecimento de uniões simultâneas é a monogamia, que implica em situações em que a pessoa se relaciona afetivamente e exclusivamente apenas com um parceiro. Essa condição é adotada pelo Ordenamento Jurídico brasileiro como princípio a ser seguido, conforme demonstram as decisões judiciais.

Outro obstáculo para impedir o reconhecimento de famílias simultâneas é o dever de lealdade previsto no artigo 1724 do Código Civil e que citando Zeno Veloso, Ponzone (2008, n.p.) explica que ele “implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural".

O dever de fidelidade é previsto explicitamente no artigo 1566 do Código Civil para se referir ao casamento, todavia, a fidelidade, no entendimento de Farias e Rosenvald (2013), bem como de Gonçalves (2013), está implícita no dever de lealdade e respeito recíproco, sendo eles gênero da fidelidade que é espécie.

Por outro lado, Dias (2013) diverge desse entendimento, ao entender que à união estável:

> [...] é imposto tão só o dever de lealdade, pelo jeito inexiste a obrigação de ser fiel. Portanto, autorizando a lei a possibilidade de definir como entidade familiar a relação em que não há fidelidade nem coabitação, nada impede o reconhecimento de vínculos paralelos. Se os companheiros não têm o dever de ser fiéis nem de viver juntos, a mantença de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas (DIAS, 2013, p. 186).

Nota-se diferentes posicionamentos tanto na doutrina quanto na jurisprudência, inclusive os tribunais mais inovadores já reconheceram, embora minoritariamente, a possibilidade de uniões dúplices, conforme segue o julgado:

> APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO E OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE. PARTILHA DE BENS. MEAÇÃO. “TRIAÇÃO”. ALIMENTOS. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união estável entre a autora e o réu em período concomitante ao seu casamento e, posteriormente, concomitante a uma segunda união estável que se iniciou após o término do casamento. Caso em que se reconhece a união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o réu. Meação que se transmuda em “triação”, pela duplicidade de uniões. O mesmo se verificando em relação aos bens adquiridos na constância da segunda união estável. Eventual período em que o réu tiver se relacionado somente com a apelante, o patrimônio adquirido nesse período será partilhado à metade. Assentado o vínculo familiar e comprovado nos autos que durante a união o varão sustentava a apelante, resta demonstrado os pressupostos da obrigação alimentar, quais sejam, as necessidades de quem postula o pensionamento e as possibilidades de quem o supre. Caso em que se determina o pagamento de alimentos em favor da ex-companheira. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2008).

No caso em análise, a sentença de 1ª instância julgou improcedente o pedido de reconhecimento de união estável simultânea pelo fato de um dos membros do relacionamento encontrar-se simultaneamente casado e vivendo em união estável. Todavia, o Tribunal reformou a decisão entendendo que o judiciário não pode fechar as portas para essa realidade e que o Estado não pode deixar de dar a devida proteção a uma história de vida de pessoas, e, caso contrário, estaria gerando injustiças (BRASIL, 2008).

E, para solucionar o problema patrimonial em relação a meação, a decisão usou a triação como uma forma de divisão igualitária dos bens entre cônjuge e companheira. Assim como foi essa decisão, outras também se deram no mesmo sentido.

Contudo, em dezembro de 2020, o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a união estável de um homem que tinha união estável com uma mulher e ao mesmo

tempo mantinha união estável homoafetiva. O recurso extraordinário, de repercussão geral, que foi negado provimento é o de número 1045273. Essa decisão do STF foi de 6 votos a 5, tendo como relator Alexandre de Moraes, que entendeu que a concessão da pensão por morte caracterizaria a bigamia, que inclusive é considerada crime, conforme artigo 235 do Código Penal, que determina uma pena de reclusão, de dois a seis anos, conforme demonstra o artigo: “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: § 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos” (BRASIL, 1940).

Assim, a tese que teve repercussão geral fundamentou:

> A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, parágrafo 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020).

Discussões acerca dessa decisão e dos votos serão realizadas no desenvolver deste estudo. O intuito nesse momento é o de apenas demonstrar a conceituação e os posicionamentos acerca dessa entidade familiar.

Nesse passo, mesmo havendo posicionamentos contrários ao reconhecimento das uniões simultâneas, sempre é importante voltar e discutir se essas decisões estão garantindo a autonomia privada dos envolvidos no relacionamento e se outros princípios como o da igualdade, liberdade de escolha e dignidade da pessoa humana não estariam sofrendo grave violação com a negação da existência dessa entidade familiar.

Tais respostas serão construídas ao longo dos próximos capítulos.

4.2.8 Famílias poliafetivas

A família poliafetiva é outro tipo de família atípica que vem crescendo nos últimos anos e gerado muita discussão em torno da poliafetividade, que são relações públicas e contínuas entre três ou mais pessoas e que têm o intuito de constituir família.

Alguns autores utilizam a expressão poliamor ao invés de poliafetividade, contudo, será adotado o termo poliafetividade para se referir ao relacionamento enquanto entidade familiar.

Isso porque, parte-se do entendimento de Viegas (2019), que compreende que a relação de poliamor nem sempre constitui família, por ser necessário ter a poliafetividade presente. Ela define o poliamor e a poliafetividade da seguinte forma:

> Poliamor, nesse estudo, é compreendido como sendo um relacionamento não monogâmico, em que três ou mais pessoas convivem amorosamente, de forma simultânea, com o conhecimento e consentimento de todos os envolvidos, tendo por base a lealdade, a honestidade, o amor e a ética (a boa-fé-objetiva).
> A poliafetividade, por sua vez, decorre do poliamor qualificado pelo objetivo de constituir família, ou seja, relaciona-se com a entidade familiar formada de três ou mais pessoas, que manifestam livremente a sua vontade de constituir família, partilhando objetivos comuns, fundados na afetividade, boa-fé e solidariedade (VIEGAS, 2020a, p. 257).

Não há que se confundir o poliamor com a poligamia, que significa o casamento com mais de duas pessoas, sendo que quando a mulher possui mais de um marido o termo correto é a poliandria e se o homem possuir mais de uma mulher usa-se o termo poliginia. No Brasil, como já mencionado anteriormente, a poligamia não é admitida e se configura crime tipificado no artigo 235 do Código Penal, já a poliafetividade, também não é reconhecida pelo Ordenamento Jurídico como entidade familiar, mas, devido à várias formações existentes no Brasil, e das inúmeras críticas tecidas à monogamia como princípio, a existência de um rol aberto no artigo 226 caput da Constituição da República de 1988 e de princípios como pluralismo familiar, igualdade, dignidade da pessoa humana, autonomia, discute-se a possibilidade do seu reconhecimento enquanto família.

Um fato interessante é que em algumas regiões da África e da Ásia têm a poligamia como uma prática aceita e nem todas as famílias são poligâmicas, o que demonstra que se reconhecer a poliafetividade como entidade familiar não significa que todas as famílias brasileiras a adotarão como tipo de família.

Rodrigo da Cunha Pereira (2021) fala sobre isso:

> Segundo P.M Murdock, citado por José Antônio Marina, de 849 sociedades, 708 permite a poligamia (83,5%) e apenas 137 sociedades (16 %) são monogâmica por lei e, 4 são poliândricas. Mas até mesmo nas sociedades poligâmicas, há quem opte pela monogamia. Ou seja, o fato de não se proibir a poligamia, não quer dizer que todos adotarão famílias poligâmicas. Da

> mesma forma, em que se legitimando as famílias homoafetivas, todas as pessoas viverão relações homoafetivas (PEREIRA, 2021).

Então, são vários os questionamentos e posicionamentos contrários ao reconhecimento da união poliafetiva.

Todavia, devido a necessidade de formalizar essa união, até mesmo para facilitar e comprovar a existência da família e os consequentes direitos patrimoniais acerca do relacionamento, em 2012, iniciou-se o debate acerca da realização de escrituras públicas de união poliafetiva. Devido a várias discussões, o CNJ em 2018 decidiu pela proibição do registro de escrituras públicas dessas uniões. Contudo, a análise da decisão do CNJ com os votos dos ministros será feita em momento posterior.

O que se deve notar, a princípio, é que essas uniões poliafetivas possuem as mesmas peculiaridades da união estável, possuem os mesmos requisitos, sendo apenas diferente o número de pessoas envolvidas. Contudo, ambas para serem configuradas como entidade familiar possuem a presença da afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Como se pode perceber, os novos arranjos familiares têm em comum a afetividade como elemento configurador da família. A descrição de algumas famílias atípicas e típicas neste capítulo demonstram que as formações de entidade familiar se deram pela manifestação de afetividade entre seus membros, seja na parentalidade, conjugalidade ou de companheirismo, o que se torna um elemento capaz de legitimar tais famílias é esse vínculo da afetividade.

Devido a importância da afetividade na pluralidade de entidades familiares, o capítulo seguinte tem o intuito de construir a ideia da mesma como princípio.

5 A CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO COMANDO DIRECIONADO PARA O ESTADO RECONHECER FAMÍLIAS ATÍPICAS

A afetividade transformou-se em um elemento existente nas relações pessoais. Mesmo não havendo uma legislação expressa sobre a afetividade, ela se tornou presente, sendo alvo de discussões na doutrina e na jurisprudência.

Nos últimos tempos, a afetividade vem fazendo parte das relações familiares que antes eram reconhecidas apenas pelo vínculo biológico, civil, matrimonial e de companheirismo. Sem dúvida alguma, para essa mudança paradigmática do ordenamento jurídico brasileiro, e em decorrência da repersonalização do direito civil no contexto do direito das famílias, que sofreu significativas mudanças devido às transformações da sociedade, a afetividade passou a fazer parte do cenário das decisões envolvendo a família, tornando-se um elemento presente em sua formação.

A jurisprudência brasileira teve papel importante na construção da afetividade. Antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 2002 já se mencionava nas decisões brasileiras sobre a socioafetividade, que é o reconhecimento pela sociedade de relações formadas pela manifestação de afeto, como mostra o caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, no ano de 2001. Trata-se de uma Apelação Cível para reformar uma sentença que julgou procedente o pedido de negatória de paternidade com cancelamento do registro civil. Dentre as razões da apelação, discutia-se que o apelado sempre exerceu a função de pai e que na verdade havia ocorrido uma adoção à brasileira onde o apelado registrou o filho como se seu fosse.

A questão envolve o conflito de paternidade jurídica e biológica onde o apelado, autor da ação negatória de paternidade, em um primeiro momento registrou o filho falsamente, como se fosse seu, e depois, para tentar se proteger do ilícito que cometeu, devido à configuração da adoção à brasileira, tentou negar essa paternidade. Ao final, o Tribunal de Justiça priorizou pela permanência da paternidade socioafetiva, por entender que no caso em análise não seria prudente apagar toda a história de vida e condição social construída entre pai socioafetivo e filho, há mais de quarenta anos, ao analisar apenas o aspecto ilegal da irregularidade da adoção à brasileira ocorrida.

Nesse caso, a família foi reconhecida, como realização do ser humano e como instrumento de promoção de dignidade da pessoa humana, conforme demonstra a ementa da decisão a seguir:

> NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. "ADOÇÃO À BRASILEIRA". CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA. DECISÃO REFORMADA.
> 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanação do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada "adoção à brasileira" (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer à solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular "adoção à brasileira", não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências (BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná, 2001).

Com essa decisão, inúmeras outras sentenças passaram a ser proferidas com base na afetividade, a ponto do Supremo Tribunal Federal (STF) julgar o Recurso Extraordinário 898.060[12] e com a análise da Repercussão Geral n. 622, de relatoria

[12] Ementa: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades

do Ministro Luiz Fux, ficou decidido que a paternidade socioafetiva não impede o reconhecimento do vínculo biológico de filiação simultâneo. Ao deliberar sobre o mérito da questão, o STF abriu espaço para a possibilidade da multiparentalidade, que é a coexistência de mais de uma paternidade/maternidade.

Houve nesse julgamento emblemático e de caráter histórico a análise da afetividade por vários ministros, ao reconhecer juridicamente a paternidade socioafetiva que, inclusive na manifestação do Ministro Celso de Mello, foi considerada a afetividade como princípio (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016).

---

particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada "família monoparental" (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de "dupla paternidade" (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios". (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016).

Mais uma vez a jurisprudência brasileira vem destacando a afetividade, ao discutir a relação paterno/materno-filial cujo vínculo formado vai além de DNA ou do parentesco civil.

Outro cenário de discussão da afetividade pela jurisprudência se dá em torno da indenização por danos morais em decorrência do abandono afetivo. Por muito tempo, os Tribunais de Justiça se divergiam em julgar procedente ou não os casos de indenização por abandono afetivo, e também davam diferentes definições de afeto, onde ora o consideravam como elemento jurídico a ser observado e, portanto, um princípio, e ora o entendiam como sentimento presente no campo valorativo e, por conseguinte, sem imposição jurídica.

Contudo, em 2007, uma decisão inédita e contrária à decisão da 4ª Turma que julgou improcedente o pedido em 2005, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.159.242 - SP determinou o pai a pagar a filha, a título de indenização o valor de R$200 mil por abandono afetivo.

No entendimento da Ministra Nancy Andrighi, a afetividade está ligada ao dever de cuidado e, sendo assim, pode ser imposta, conforme é enfática ao dizer:

> Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeço sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião (ANDRIGHI, 2012, p. 8-9).

No relatório e voto, a Ministra é taxativa ao mencionar que “Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever” (ANDRIGHI, 2012, p. 9). Segue a decisão que concedeu efeito jurídico à afetividade:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos

> morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2012).

Dessa forma, com o passar do tempo, várias decisões foram inserindo e compreendendo o papel importante que a afetividade desempenha nas relações familiares. E com esse entendimento, a afetividade passou a integrar as relações fáticas, criando-se esse elemento para formação desses vínculos geradores de efeitos jurídicos.

Passando da seara paterno/materno-filial, a afetividade também pode ser incluída como elemento integrante para formação de novas entidades familiares? Afinal, o que é afeto e qual a diferença da afetividade em seus diversos entendimentos seja no mundo jurídico, na psicanálise ou no campo valorativo?

O presente capítulo apresenta algumas abordagens da afetividade e suas conexões com o direito das famílias.

5.1 Como a psicanálise auxilia na compreensão da afetividade como elemento fundador da família?

O afeto, na definição do dicionário de Rodrigo da Cunha Pereira (2015), é uma expressão que no latim se define por *affectus*. Para a psicanálise, o afeto significa a designação da quantidade de energia pulsional e traduz qualquer estado afetivo, agradável ou desagradável. O dicionário também traz a visão do afeto na filosofia, que significa sentimento, emoções, estados de alma e amor.

Para Rodrigo da Cunha Pereira (2014), o afeto é o grande catalizador da organização familiar hoje, e devido a essa importância ele recebeu força normativa, se tornando o princípio da afetividade. Em sua definição, o afeto para o direito das famílias não seria sentimento, mas sim uma conduta, uma ação de cuidado, proteção, assistência, seja na relação parental, seja na relação de conjugalidade.

Já o princípio da afetividade, juntamente com outros princípios como o da dignidade da pessoa humana, solidariedade e responsabilidade se tornam o núcleo de sustentação do direito das famílias. E, por ele está implícito nas normas constitucionais, apresenta-se como um elemento estruturante de formação familiar. Nessa concepção, “o afeto e o princípio da afetividade autorizam a legitimação de todas as formas de família. Portanto, hoje, todas as relações e formações de família são legítimas” (PEREIRA, 2014, p.554).

A afetividade é qualidade ou caráter daquele que é afetivo, e para psicologia se classifica como fenômenos psíquicos que se demonstram emoções e sentimentos. E o afeto é o sentimento de afeição, de amizade, sendo visto pela psicologia como expressão de sentimento que representa amor, ódio, paixão (MICHAELIS, 2021). Paulo Lôbo (2013) compreende que a afetividade na visão da psicopatologia é o estado psíquico com que a pessoa se apresenta às outras pessoas, compreendendo estado de ânimo, paixão, humor, sentimentos e emoções.

Para entender melhor a presença da afetividade na família, é interessante passar pela compreensão da psicanálise, que tem grande influência no direito das famílias, principalmente, por ajudá-la a se desvincular de antigas concepções, de posicionamentos que não acompanham o desenvolvimento da sociedade e não respeitam o sujeito. As decisões que envolvem a família não devem ser fundadas em silogismos e dogmatismos e sim devem ser levadas em conta que a pessoa é o centro do ordenamento jurídico.

Se for discutir o afeto dentro da psicanálise, é possível perceber que desde os primórdios ele vem fazendo parte das rodas de conversas entre os doutrinadores. O afeto pode ser considerado como uma “expressão qualitativa da quantidade de energia pulsional e de suas variações” (PENNA, 2017, p. 12). E Freud (1974) é que trabalhou bem especificamente o afeto em sua teoria psicanalítica. Em um primeiro momento, Freud (1974) chegou a fazer uma equiparação do afeto com forças energéticas e as suas manifestações eram descritas como soma de excitação, quota de afeto, emoção, energia de investimento, intensidade. O afeto representa psiquicamente a pulsão dentro de um contexto qualitativo e, ao falar sobre emoções, Freud (1974) entende que tanto os afetos quanto às emoções geram processos de descarga que são manifestadas como sentimentos, o que, para ele, o afeto só existe quando ligado à consciência, embora clinicamente verificou-se a presença do afeto no inconsciente (MARQUES, 2012).

A revelação da existência do inconsciente por Freud contribuiu para considerar o sujeito como um ‘sujeito de desejo’, isso porque embora no direito impera a objetividade, a subjetividade também precisa ser considerada, porque o sujeito é o centro da cena jurídica. Esse sujeito, que hoje manifesta seus desejos e almeja que eles sejam concretizados, têm suas vontades de permanecer ou não numa relação conjugal, o que contribuiu para a lei do divórcio. A visão da sexualidade, a partir da psicanálise, mudou de concepção, deixou de ter apenas a finalidade reprodutiva para ser um ato prazeroso e desejado, o que enfatizou o sexo por amor, o sexo por afeto (PEREIRA, 2015).

O afeto passa a ser um instrumento importante de bem jurídico para a família. A visão que a psicanálise trouxe de ser o sujeito um ser de desejo e que o mais importante é ele e não o objeto que ele deseja, desconstrói a visão da família que antes era focada na aquisição patrimonial, no patriarcalismo, na desigualdade entre homem e mulher, entre filhos e, agora no presente, se preocupa com a pessoa e leva em consideração suas vontades e suas individualidades.

Da mesma forma que no direito o sujeito passa por crise e está em constante busca pela inclusão social, nas ciências humanas existe uma certa exclusão da subjetividade pelo fato da objetividade científica prevalecer sobre a subjetividade. Esse fenômeno, em que a subjetividade é excluída dando uma excessiva importância para a objetividade, é chamada por Giselle Câmara Groeninga (20--, p.2) como conhecimento esquizofrênico, que quer dizer: “Esquizo - aquele que tem o pensamento fragmentado, que desconhece a realidade justamente por desconhecer-se em sua realidade de sujeito humano, realidade também constituída e colorida pela subjetividade e pelos afetos”.

O atual estágio é de uma crise paradigmática, onde a subjetividade deve ser levada em consideração, mesmo ainda sendo a subjetividade bastante incerta. Contudo, nos dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p. 159), “não se pode mais desconsiderar que na objetividade dos atos e fatos jurídicos permeia uma subjetividade”. A subjetividade deve ser integrada assim como o sujeito de direito e o sujeito dos desejos devem ser integrados. Os afetos por muito tempo foram desacreditados, principalmente no direito, já que sempre existiu uma separação entre razão e emoção, sujeito e objeto, corpo e alma. A atenção voltada para o científico, para o tecnológico, para o patrimonial acabou não garantindo a tão esperada segurança e deixou o homem em segundo plano (GROENINGA, 20--).

Por serem essenciais, a subjetividade e a objetividade nos relacionamentos devem caminhar juntas, como forma de reconhecimento da dignidade e respeito da pessoa em sua integridade. Na psicanálise, cada vez mais a relação hierárquica deixa de ter validade e cria-se uma relação entre sujeito e sujeito. Assim, também no direito as relações de cunho existencial, onde a pessoa não é mais coisificada e o uso de silogismo ou do enquadramento da pessoa numa moldura legal, estão deixando de ser aplicados para dar espaço ao afeto como valor jurídico.

O que se busca é aplicar a subjetividade na objetividade, já que é necessária uma racionalidade científica, mesmo buscando uma humanização do sujeito e o considerando como um sujeito desejante. O ser humano, dotado de sentimentos, precisa ser ético, exercer sua autonomia e ser um sujeito responsável.

Não se deve comparar afeto com amor na relação familiar, que é cercada por conflitos, pois a sua função é a de proporcionar com segurança vivências afetivas, pois os afetos equivalem a “energia psíquica, dos impulsos, dos desejos que afetam o organismo e se ligam a representações, a pessoas, objetos, significativos. Transformam-se em sentimentos e dão um sentido às relações e ainda, influenciam nossa forma de interpretar o mundo” (GROENINGA, 20--, p. 6).

Outros autores da psicanálise, como Green (1982), trabalham o afeto como um termo composto por categorias que reúne aspectos subjetivos da vida emocional, com todas as alterações da língua alemã e francesa trazem a respeito do afeto, por isso ele deve ser entendido como um termo metapsicológico[13].

Freud (1974) tinha a visão de afeto como um processo psicofisiológico que corresponde a um vínculo representacional considerado motivo e um elemento afetivo que seria móvel. Assim o afeto,

> Por um lado, Freud não opõe a qualquer dificuldade ao reconhecimento de um papel para o “afeto”, ao lado da representação- e, portanto, em igualdade de direitos com esta, como “representante” da pulsão-, de modo que a teoria do afeto mereceria figurar legitimamente no seio da “doutrina” matapsicológica central. Mas por outro lado, tudo se passa como se o “representante-representação” fosse o representante “definitivo”, o afeto designado uma “margem” que jamais deve ser “esquecida”, mas não podendo reiventar o mesmo estatuto de seu “simétrico” representacional. Existe aí, logo se percebe, um terreno propicio para um dos debates metapsicológicos mais apaixonados da era pós-freudiana. O mais prudente é

[13] Metapsicológico significa que nas relações entre o consciente e o inconsciente é levado em consideração as dimensões tópicas, dinâmicas e econômicas do psiquismo que existe dentro dessas relações (MARQUES, 2012).

> restituir o momento do afeto ao seu lugar próprio na construção do objeto metapsicológico, para lhe reconhecer um lugar próprio em alguma parte entre os hinos à afetividade que o "hipostasiam" e as intelectualizações que o desencarnam. (ASSOUN, 1996, p.151 *apud* MARQUES, 2012, p. 40).

O afeto, sendo um termo genérico e que se refere à dor, sentimentos, sensações, emoções, exige a inclusão do corpo, a ponto de Assoun (1996, p.151, *apud* MARQUES, 2012, p. 41) acreditar que atrás do afeto "suspeita-se, é a sombra do Corpo que vamos encontrar, tanto é verdade que o afeto, sob um de seus aspectos, dá para a psique, avesso da vida representativa, e evoca por outro lado as potências do Corpo, verdadeiro desafio à metapsicologia".

Fato é que, segundo Marques (2012), Freud, por algumas vezes, deixou de aprofundar sobre o conceito de afeto, embora ele seja enfático ao mencionar que o afeto é definido como representante da pulsão[14]. Essa pulsão, originária no corpo, tem relação com a esfera psíquica através do afeto que significa energia e da representação que quer dizer ideia.

Nota-se que a visão de Freud (1974) em alguns pontos se torna conservadora e em outros mais livre, o que configura a mesma problemática da modernidade, onde muitas vezes se mostra ambígua no sentido de considerar a autonomia privada como elemento indispensável para a realização de situações jurídicas existenciais e, por outro lado, mantém em alguns aspectos uma postura conservadora e impositiva quando, por exemplo, no artigo 1641, inciso II, do Código Civil impõe o regime da separação obrigatória de bens para os maiores de 70, impossibilitando o idoso de escolher em qual regime casar, ou tem um entendimento reacionário em não reconhecer entidades familiares atípicas e, por outro lado, estabelece no artigo 1565, parágrafo 2º, do Código Civil, que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, bem como traz no artigo 1596 do mesmo diploma a previsão de igualdade entre os filhos e proíbe qualquer tipo de discriminação.

Marques (2012) aponta essa ambiguidade em Freud ao observar que a sua teoria dos afetos ao mesmo tempo que apresenta uma ruptura entre o aspecto afetivo e representacional da experiência e, portanto, se enquadra na ciência de sua época, por outro lado, demonstra uma indefinição em momentos decisivos de forma que se possa ter outra interpretação. Assim, também ele adota teorias da cientificidade

[14] A pulsão em Freud "é uma força caracterizada como interna e apoiada em funções biológicas, sem que se confunda, contudo, com estas. A centralidade da ideia de pulsão também se refere à articulação que este conceito pretende exprimir entre as instâncias do corpo e da mente" (MARQUES, 2012, p.47).

moderna mais conservadora e, por outro lado, traz uma dimensão mais criativa, como é o caso dele entender que nenhuma ciência possui conceitos claros e delimitados e, por isso, ao descrever os fenômenos ele faz compreender que seria importante ter esse grau de exatidão.

O entendimento que se tem é que direito e psicanálise possuem uma ligação direta, e que o sujeito de direito é o mesmo sujeito dos desejos, já que o homem é movido pelos desejos.

O direito acaba se aproveitando da psicanálise para desconstruir alguns dogmas do judiciário a partir do entendimento que existe sobre o sujeito do inconsciente, do desejo e da sexualidade. Através da psicanálise e da sua discussão sobre os desejos e o inconsciente, foi que se começou a pensar no afeto como aspecto jurídico presente nas entidades familiares. Nesse sentido, buscar "compreender o funcionamento de nossa estrutura psíquica pode ajudar a diluir o litígio e exercer o Direito mais eticamente" (PEREIRA, 2018, p.1).

Alguns conceitos foram e são fundamentais para o Direito das Famílias. Conforme já mencionado, o desejo é uma busca pelo prazer, uma atração positiva para aquilo que o sujeito almeja, sendo uma percepção que vai de encontro com à identidade daquilo que é vivido no presente e a uma imagem mnêmica que tenta reproduzir algo que já tenha tido uma experiência satisfatória.

E trazendo o desejo para a família, conforme Rodrigo da Cunha Pereira (2018), este acaba indo em direção a um objeto que lhe atrai espiritualmente ou sexualmente através da alma e do corpo. Além disso, a relação familiar é cercada de amor e ódio, de desejo de casar, viver em união estável, mas também o desejo de romper o vínculo conjugal ou dissolver a união em caso de insatisfação na relação. O intuito do direito das famílias é fazer com que a pessoa busque sua felicidade, a realização de seus desejos e suas vontades pessoais com base na autonomia privada.

Outro conceito importante da psicanálise, que tem ligação com o Direito das famílias, é a sexualidade, que faz parte da subjetividade humana e é vista muito mais que um aparelho reprodutor ou objeto de prazer que podem ser vividos tanto com experiências concretas quanto no imaginário do inconsciente. Essa energia libidinal faz parte do desejo e está vinculada à reprodução, sublimação, afetividade, relações sociais e sexuais. E no direito das famílias a sexualidade está presente e faz parte de algumas discussões que envolvem a infidelidade, monogamia, uniões poliafetivas, reprodução, o que demonstra que são elementos em discussão e que estão ligados

também ao campo da subjetividade e que precisam de controle dessas pulsões, cabendo ao direito trazer a objetividade de forma que a dignidade e autonomia desse sujeito sejam preservadas.

5.2 A afetividade como elemento integrante para o reconhecimento de novas entidades familiares

A realidade da pós-modernidade permite novas formas de convivência e, consequentemente, os relacionamentos também vão se transformando e se tornando mais fugazes.

Zygmunt Bauman (2004) consegue descrever essa passagem ao falar em modernidade sólida e modernidade líquida. Claramente, o contexto histórico da família passa por essa mudança, onde as relações familiares eram mais sólidas, duradouras e rígidas a modelos tradicionais e, com um início tímido no período da industrialização, e de forma mais nítida a partir da década de 1960, se torna evidente a fragilidade das relações entre as pessoas e entre pessoas e as instituições. Os relacionamentos amorosos se tornam mais efêmeros, o que Bauman (2004) considera como conexões que podem ser dissolvidas facilmente.

Os amores líquidos são formados e desfeitos com mais rapidez, os relacionamentos são construídos e muitas vezes se mantém pelas redes sociais. Cada um procura uma forma de satisfazer seus desejos, seja através de várias conexões que podem lhe dar prazer pelo sexo e não mais buscam relacionamentos para reprodução e até que a morte os separe.

A liberdade de escolhas na busca pela realização de desejos passa a ser mais presente na construção da pessoa do século XX, que nem sempre constrói seus projetos, seja profissionais ou afetivos, para longo prazo. E assim, os vínculos dos relacionamentos conjugais e de companheirismo são mais fáceis de serem desfeitos, caso não coadunem com a realização pessoal dos membros que o compõem. Assim, o legislador facilitou os pedidos de divórcio e de dissolução da união estável, que podem ser feitos tanto judicialmente quanto extrajudicialmente.

A família e os relacionamentos do século XXI possuem outros desejos e valores. Bauman (2004, p. 82) fala em relacionamentos puros e a percepção dele é de que hoje “a forma predominante de convívio humano, na qual se entra “pelo que cada um pode ganhar” e se “continua apenas enquanto ambas as partes imaginem

que estão proporcionando a cada uma satisfações suficientes para permanecerem na relação”".

As escolhas para qual tipo de relacionamento viver e o planejamento familiar cabe a cada um, não havendo mais a necessidade de se prender a uma vida conjugal ou de companheirismo se uma das partes não se encontra mais satisfeita, feliz e realizada. Nesse sentido, “O compromisso com outra pessoa ou com outras pessoas, em particular o compromisso incondicional e certamente aquele do tipo “até que a morte nos separe”, na alegria e na tristeza, na riqueza ou na pobreza, parece cada vez mais uma armadilha” (BAUMAN, 2004, p. 113).

Mesmo com as fragilidades e a liquidez dos relacionamentos do século XXI, as pessoas, através da autonomia, vão em busca de sua realização e o instituto da família continua sendo uma forma de buscar esse crescimento e essa felicidade. E a afetividade é um dos fatores para a continuidade da família e da formação de novos arranjos familiares.

O judiciário também vem introduzindo a afetividade como requisito essencial para a formação da entidade familiar. Hironaka (2006) destaca que a família e os conflitos são fatos sociais e que a afetividade acaba contaminando os fatos, seja de uma relação familiar de conjugalidade ou de parentalidade.

E, para ela:

> A afetividade passa, então, a ter relevância jurídica suficiente para constituir e distinguir a família das demais espécies de relações existentes. A elevação desse critério para essa nova acepção pretende ser a solução para atender toda a dinamicidade das relações sociais contemporâneas ao permitir o respeito à liberdade de escolha dos sujeitos envolvidos. (HIRONAKA, 2006, p. 12).

A afetividade, nesse entendimento, passa a ser um requisito relevante para compreender que determinado agrupamento de pessoas é uma entidade familiar. Tanto as decisões jurisprudenciais quanto a própria sociedade têm deixado de ter uma visão fechada de formação familiar, passando a reconhecer outras famílias, como a homoafetiva, a partir da presença do vínculo afetivo formado, deixando de ser uma sociedade de fato para uma sociedade de afeto.

O Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (2011, p. 208), na decisão Arguição De Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 132, que reconhece a união estável homoafetiva, deixa claro a mudança de paradigma do direito de família

para direito das famílias, “isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar”.

Com essa mesma percepção, de que o afeto passa a reger os relacionamentos atuais que são constituídos de forma livre e com pretensão de promover a dignidade dos membros que compõe a família, cabendo então fazer uma interpretação do direito não mais baseada no dogmatismo retrógrado, mas sim numa interpretação além do código e que vai ao encontro com o contexto atual dos relacionamentos democráticos.

Dessa maneira,

> O afeto, reafirme-se, está na base de constituição da relação familiar, seja ela uma relação de conjugalidade, seja de parentalidade. O afeto está também, certamente, na origem e na causa dos descaminhos desses relacionamentos. Bem por isso, o afeto deve permanecer presente, no trato dos conflitos, dos desenlaces, dos desamores, justamente porque ele perpassa e transpassa a serenidade e o conflito, os laços e os desenlaces; perpassa e transpassa, também, o amor e os desamores. Porque o afeto tem um quê de respeito ancestral, tem um quê de pacificador temporal, tem um quê de dignidade essencial. Este é o afeto de que se fala. O afeto-ternura; o afeto-dignidade. Positivo ou negativo [...] (HIRONAKA, 2006, p. 11-12).

O afeto se torna elemento integrante tanto para constituição da família quanto para o seu rompimento. Certo é que a família não é só a proveniente de vínculos biológicos, mas também de vínculos afetivos e se torna função do direito reconhecê-la num novo contexto e numa nova forma de se viver, diferente daquela tradicional, matrimonializada, patriarcal e patrimonialista.

Segundo Ricardo Calderón (2017), a afetividade se tornou protagonista da família contemporânea, prevalecendo sobre critérios que na família clássica eram considerados importantes como o campo econômico, político, religioso e social. Nesse sentido, os fatos sociais passaram a ser considerados para uma leitura interpretativa do direito, uma vez que a concepção de família na pós-modernidade é descrita da seguinte forma:

> Família: signos da linguagem e em especial o discurso jurídico cooptam o conceito de família, expondo nos laços dos paradoxos sociais permeados pela cultura e pela economia e o traduz, no transcurso histórico, em variadas interpretações que, no campo do Direito, tomam assento na Doutrina, jurisprudência e na legislação (FACHIN, 2006, p. 314).

A leitura sobre o conceito de família atual é ampla, e segundo a visão de Dias (2013) esse conceito passou a ser multifacetário, a partir do momento que a Constituição da República de 1988 deu juridicidade ao afeto.

Nesse sentido, muitos autores como Paulo Lôbo (2004), Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012), Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas (2020) e Conrado Paulino da Rosa (2021), ao falarem sobre as entidades familiares constitucionalizadas, consideram a afetividade, estabilidade e ostensibilidade como elementos comuns configuradores de qualquer tipo de família. Lôbo (2004, p.20) descreve a afetividade como uma construção cultural, que é manifestada através da convivência e sem intuito econômico, já que evidencia em torno da solidariedade e responsabilidade, nesse intuito ela é vista “como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família”.

O outro elemento configurador da família é a estabilidade, onde os relacionamentos possuem uma comunhão de vida, sem prazo para romper, pois encontra-se presente o comprometimento com o outro de continuidade, de crescimento. Já a ostensibilidade é “o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente” (LÔBO, 2004, p.2), onde há notoriedade de que aquele agrupamento constitui uma família.

Nessa mesma concepção de afeto inserido no conceito de família, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017) a consideram como um núcleo com pessoas unidas através de vínculos afetivos e que buscam a realidade plena dos membros que a compõem. Para eles, a família para ser configurada necessita da presença de alguns elementos, sendo o primeiro a existência de mais de uma pessoa, o segundo o vínculo socioafetivo, já que a família é um fato social e que necessariamente acaba produzindo efeitos jurídicos e, por último, a realização pessoal de seus integrantes (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Gustavo Tepedino (2016) também inclui a afetividade no conceito contemporâneo de família sendo expresso que:

> Nesse cenário há de se refletir sobre a conquista representada pela prevalência no direito da realidade fática da família como comunidade de pessoas de carne e osso sobre a família no modelo formal e institucional de reprodução sexual e acumulação econômica em torno da autoridade patriarcal. O afeto torna-se, nessa medida, elemento definidor de situações jurídicas, ampliando-se a relação de filiação pela posse de estado de filho e

> flexibilizando-se, com benfazeja elasticidade, os requisitos para a constituição da família. O direito de família passa a atribuir particular importância (não à afetividade como declaração subjetiva ou obscura reserva mental de sentimentos não demonstrados), mas à percepção do sentimento do afeto na vida familiar e na alteridade estabelecida no seio da vida comunitária (TEPEDINO, 2016, p.2)

A família, seguindo esse entendimento, deve ser construída com base na concepção de vida, de afeto de cada um, e não conforme os ditames do Estado.

5.3 Afetividade: uma questão principiológica?

A grande discussão trazida pela doutrina e que gira em torno da afetividade é se ela é princípio ou valor. Às vezes, existe uma aplicação e compreensão do que seja os princípios de forma equivocada. Assim, a visão de princípio será explanada a partir das concepções de Dworkin (2002).

A sociedade, por ser muito dinâmica, está em constante mudança e nem sempre as regras conseguem abarcar todas as situações vivenciadas e que necessitam do judiciário para reconhecer direitos e resolver os litígios. Essa mutabilidade da sociedade, que ocorre diariamente pelo fato de novas descobertas e, também formas diferentes de viver, fazem com que haja grandes lacunas que precisam ser resolvidas e decididas pelo judiciário.

Muitas vezes, a solução é dada pela interpretação do caso e pela discricionariedade do julgador da lide, o que causa decisões conflitantes sobre uma mesma situação e insegurança jurídica devido a interpretação dada pelo juiz.

Com a aplicação de princípios para resolver esses casos, onde não existem regras, é uma possibilidade a ser utilizada e quanto a isso Dworkin defende “um sistema jurídico aberto e plural, composto, além de regras, por princípios, estes, inclusive, compreendendo a maior parte do sistema” (TORRES FILHO; LIMA, 2018, p. 114).

Nessa lógica, as regras do ordenamento jurídico diante de um problema se tornam válidas ou inválidas, o que corresponde a um comando de pode ou não pode, de que é licitou ou ilícito. Quanto aos princípios, a sua própria natureza pode ou não se encaixar naquele caso e sua aplicação, diante dos diversos princípios que se tem, será baseado naquele que mais se adequa àquele caso concreto.

Diante de um caso mais complicado de ser resolvido, e que não há previsão na legislação, os princípios podem ser aplicados para encontrar uma solução, pois eles têm força normativa. E, diferentemente das regras, eles não são aplicados na base do tudo ou nada, pois precisam passar por uma reflexão para ser adotado e usado na decisão.

A crítica feita por alguns autores, como Torres Filho e Lima (2018), é a de que o uso dos princípios se dá de forma indiscriminada, e que muitas vezes eles não têm normatividade, uma vez que o judiciário passa a criar inúmeros princípios derivados ou subprincípios, o que geram insegurança jurídica, por não respeitar as regras jurídicas existentes, mas apenas com a finalidade de fundamentarem uma decisão. É o que Lênio Streck (2013) chama de pamprincipiologismo, que quer dizer uma variedade de criação de princípios, que são despidos de normatividade, representando apenas álibis teóricos, utilizados constantemente com pretensão retórico-corretiva, como é o caso do princípio da humanidade, da não surpresa, da ubiquidade, da instrumentalidade processual, da absoluta prioridade da criança e do adolescente, dentre outros.

O princípio da afetividade também é citado por Lênio Streck (2013) como um princípio sem normatividade e que, por eles serem deontológicos, ele questiona como seria retirado a normatividade da afetividade. Lênio Streck (2013) também coloca em discussão que considerar a afetividade como princípio seria mais um álibi usado para sustentar decisões pragmatistas, porque as decisões devem ser dadas a partir dos princípios e não por escolhas pessoais, morais, religiosas.

Todavia, conforme entendimento de Ricardo Calderón (2017), a afetividade esta prevista implicitamente na Constituição da República de 1988 e muitas leis esparsas preveem expressamente a afetividade, como é o caso da Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, que fala expressamente sobre relações de afeto ao dispor, no artigo 5º, que configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação que cause a ela morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, seja no âmbito doméstico, familiar ou “ em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação” (BRASIL, 2006).

Abrindo um parêntese sobre o princípio da afetividade, a Lei Maria da Penha também, nesse mesmo artigo, prevê que a família além de ser unida pelo vínculo biológico ou pela afinidade, pode ser formada por vontade expressa, conforme

demonstra o inciso II: “no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” (BRASIL, 2006). Sobre esse viés, é possível identificar que mais uma vez o legislador traz um conceito aberto de família, com a possibilidade de abarcar as relações constituídas pelo vínculo da afetividade.

Outro dispositivo que traz expressamente a afetividade no texto legal é a Lei n. 12.010/2009, que dispõe sobre adoção e altera o Estatuto da Criança e do Adolescente. No artigo 25, ao conceituar no parágrafo único a família extensa deixa claro a possibilidade de vínculos de afetividade, conforme segue: “Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade” (BRASIL, 2009). A Lei incluiu a relação de afetividade como uma possibilidade de constituição de família extensa e que deve ser levada em consideração no processo de adoção.

A Lei n. 12.318/2010, que dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, prevê o afeto no artigo 3º ao determinar que:

> A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (BRASIL, 2010).

A Lei de Alienação parental demonstra que a prática desses atos prejudica o afeto existente na relação com o genitor alienado. Além dessas leis, o Projeto de Lei do Senado n° 470, de 2013, de autoria da ex-senadora Lídice da Mata (PSB/BA), propõe o Estatuto das Famílias, que foi arquivado, previa em seu artigo 5º, a afetividade como princípio fundamental e no artigo 9º considerava a socioafetividade como uma das formas de parentesco. Embora inovador, o Estatuto das Famílias através da Comissão de Direitos Humanos do Senado recebeu várias críticas da União dos Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP e da Associação de Direito de Família – ADFAS que pediram pela sua rejeição.

Dentre os argumentos trazidos pela União de Juristas Católicos, foi mencionado que o Projeto de Lei Estatuto das Famílias tem um texto incorrigível, pois contém premissas que não têm valor jurídico e remetem uma monetarização. Alegam ainda que a previsão do direito à felicidade demonstra um intuito individualista da

família, por buscar atender a cada membro e não aos interesses da família como um todo, e que considerar um rol aberto de entidades familiares seria inconstitucional (MARTINS; CARVALHO; LINS; SILVA, 2015). Todavia, tais argumentos são passíveis de questionamento, conforme a nova leitura do Direito das Famílias a ser apresentado ao longo desse trabalho.

Um outro projeto que encontra em andamento é o de nº 3369/2015 de autoria do deputado Orlando Silva do PC do B/SP onde Institui o Estatuto das Famílias do Século XXI, sob a justificativa de que: “As famílias hoje são conformadas através do AMOR, da socioafetividade, critérios verdadeiros para que pessoas se unam e se mantenham enquanto núcleo familiar” (SILVA, 2015), e estabelece que são chamadas de famílias todo tipo de união constituída de duas ou mais pessoas “que para este fim se constituam e que se baseiem no amor, na socioafetividade, independentemente de consanguinidade, gênero, orientação sexual, nacionalidade, credo ou raça, incluindo seus filhos ou pessoas que assim sejam consideradas” (BRASIL, 2015).

Esse Projeto de Lei, que estava arquivado, foi desarquivado no início de 2019 e teve parecer de aprovação em julho de 2019 pelo relator, deputado Tulio Gadêlha (PDT-PE) e atualmente está aguardando parecer do relator na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM).

Aos poucos, a afetividade e o afeto vêm ganhando espaço e previsão na legislação, uma vez que eles têm feito parte das relações existenciais familiares. Mas, afinal, a afetividade é princípio ou não?

Antes de adentrar para essa definição, é preciso compreender o que é princípio e qual a sua função no ordenamento jurídico.

A noção que se deve ter de princípio é a de que ele não pode ser visto como uma dimensão ética e valorativa, porque ele necessita ter normatividade para ser aplicado à situação concreta. Assim, a diferença entre regras e princípios definida por Dworkin (2002) é a de que

> As regras são aplicadas à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm- a dimensão de peso ou importância (DWORKIN, 2002, p. 39-43).

Dessa forma, as regras são aplicadas ou não por serem ou não válidas, e já os princípios são utilizados conforme a dimensão da importância, de modo que quando houver um conflito entre eles será aplicado o que mais se adequa ao caso concreto.

Fato é que tanto os princípios quanto as regras têm força normativa, de forma que os princípios, mesmo não tendo previsão explícita, podem ser construídos com base numa interpretação feita pela jurisprudência e doutrina. Com a constitucionalização do direito, os princípios se tornaram fundamentos do ordenamento jurídico e são fontes do direito privado.

Os princípios são meios importantes para se adaptarem às mudanças da sociedade e garantir direitos. Nesse sentido, eles conseguem acompanhar as transformações e exigências da sociedade ao atender as necessidades daquele contexto.

Nessa perspectiva, diferente das regras que caem no desuso e são revogadas, por se tornarem obsoletas e arcaicas com as mudanças da sociedade, os princípios ao estarem, através de uma interpretação hermenêutica, acompanhando as mudanças da sociedade, não têm essa característica de ficarem ultrapassados.

Assim, no caso de colisão entre princípios, uma vez que eles vão se amoldando àquela situação, deve ser aplicado aquele que mais se adequa ao caso concreto. É necessário a utilização nesses casos da técnica da adequação e o juiz no momento em que for decidir não pode se prender a convicções morais, religiosas, ideológicas, porque a decisão fundamentada em princípios deve ser a que mais se adequa a situação concreta.

Na visão de Dworkin (2002), em caso de se encaixar mais de um princípio em determinado caso, será aplicado o critério da dimensão do peso ou importância, que no entendimento de Lôbo (2019) não há esse sistema de pesos devido ao fato de que os princípios seguem a mesma hierarquia normativa sem haver diferenciação entre eles no quesito importância. Peso para Lôbo (2019, p. 86) deve ser interpretado como “suporte fático concreto, que provoca a incidência do princípio jurídico adequado (segundo a concepção de Pontes de Miranda), como norma jurídica que é, o que termina por afastar a própria ideia de colisão”.

Assim sendo, toda vez que houver colisão entre princípios, esta será apenas aparente porque o princípio utilizado é aquele que se adequa ao caso concreto (LÔBO, 2019). Com isso, a função de interpretar o direito é no sentido de se observar tanto o texto normativo quanto os fatos, isso porque o caso concreto em si é

determinante para a construção do direito a partir da norma aplicável àquela situação. Os dados da realidade são importantes para a construção da norma.

Os princípios podem ser explícitos ou implícitos, sendo os explícitos os previstos no texto constitucional ou nas leis infraconstitucionais, e os implícitos são os criados com base na análise do direito posto ou direito pressuposto[15] de uma sociedade, de preceitos constitucionais ou de leis infraconstitucionais (GRAU, 2009).

Para Eros Roberto Grau (2011), o direito se constrói através de inter-relação e, por isso, ele deve ser pensado dialeticamente, em constante formação e movimento. Nesse sentido, os princípios são construções feitas a partir de um momento histórico, são resultados de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, além de serem variáveis conforme a sociedade, o que faz entender que os princípios são encontrados pelo direito pressuposto de uma sociedade em que eles estão inseridos.

Com isso, alguns princípios que não estão positivados no ordenamento jurídico podem ser extraídos do sistema, como é o caso, segundo Ricardo Calderón (2017), do princípio da afetividade.

> A compreensão dos princípios como objeto de construção do discurso jurídico, a partir da realidade e das demandas de determinada comunidade, bem como a aceitação de princípios implícitos ao ordenamento, permite a aceitação da afetividade como princípio implícito do Direito de família brasileiro. Cabe, então, à doutrina e à jurisprudência definir o conteúdo e os contornos desse princípio, sempre de acordo com o nosso atual quadro civil constitucional (CALDERÓN, 2017, p. 128).

Nessa mesma linha, Paulo Lôbo (2018) exemplifica o princípio da afetividade como princípio implícito surgido a partir da interpretação de normas constitucionais.

Esse princípio da afetividade tem sido citado pela doutrina e jurisprudência e pode ser interpretado de algumas maneiras. A afetividade é uma palavra utilizada para simbolizar as relações familiares. Para Paulo Lôbo (2013), o afeto é considerado um fato social e psicológico, o que muitas vezes dificultou o seu reconhecimento jurídico, contudo, o que interessa são as relações sociais afetivas que geram condutas que precisam surtir efeitos jurídicos.

Nas relações parentais e familiares, onde esteja presente a socioafetividade, é possível identificar que a afetividade pode ser vista sob duas perspectivas, uma

[15] Para Eros Grau o direito pressuposto nasce do produto cultural e condiciona a elaboração do direito posto que é o direito positivo. O direito posto modifica o direito pressuposto (GRAU, 2011).

enquanto fato social e a outra enquanto fato jurídico, sendo a norma representada pelo princípio da afetividade.

O afeto, ao ser considerado um fato de valor social, tem caráter valorativo e possui significado de sentimento, que não pode ser imposto nas relações familiares, por ser este espontâneo. Nessa concepção de afeto, Almeida e Rodrigues Júnior (2012) e Farias e Rosenvald (2016) têm esse entendimento de que, apesar do afeto ser um elemento importante para o Direito das Famílias, ele não possui exigibilidade jurídica, por ser uma manifestação voluntária. Os autores entendem que embora ele seja elemento necessário para integrar e constituir uma relação familiar, o mesmo não deve ser imposto porque a sua declaração deve ser sincera e construída, mas nunca obrigatória.

Também Viegas (2021) contribui que o afeto não é dever ser, mas é elemento integrante para o reconhecimento da família contemporânea, juntamente com a estabilidade e ostensibilidade.

Nesse sentido, o afeto não poderia ser considerado princípio jurídico, por não ter ele *status* de norma jurídica. O afeto consegue estar presente nas decisões judiciais, mas não têm força normativa para ser imposto aos sujeitos. Por essa razão, ninguém pode ser obrigado a gostar do outro, nem mesmo dentro do contexto de uma relação familiar, e não é papel do direito discutir sentimento e amor, por eles estarem no campo da subjetividade, mas cabe discutir o dever de cuidado e os atos e fatos que exteriorizam esse dever, a solidariedade, crescimento e companheirismo na relação afetiva familiar[16].

Por outro lado, o caráter principiológico da afetividade já é reconhecido por Flávio Tartuce (2012), ao identificar que a sua presença gerou alterações na forma de se pensar a família de maneira mais perceptível em algumas situações como o reconhecimento da união estável homoafetiva, a reparação por danos morais em razão do abandono afetivo e pelo reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva. Aos poucos foi se solidificando a afetividade nas relações afetivas se tornando necessário um olhar do judiciário voltado para a presença desse elemento na formação dos vínculos.

[16] Nancy Andrighi relatora do julgamento do Recurso Especial nº 1.159-242 da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça mencionou sobre a importância do dever de cuidado como valor jurídico e relacionou a afetividade a esse dever de cuidado. (BRASIL, STJ, Resp. 1.159-242).

Paulo Lôbo (2013), em sua compreensão, identifica a afetividade como princípio normativo o que o diferencia da visão que se tem de afeto enquanto sentimento presente no campo valorativo que não possui caráter jurídico. Segue o entendimento de Paulo Lôbo (2013), que busca fazer um recorte sobre a afetividade dando a ela um caráter normativo.

> O afeto é um fato social e psicológico. Talvez por essa razão, e pela larga formação normativista dos profissionais do direito no Brasil, houvesse tanta resistência em 145ócio145era-lo a partir da perspectiva jurídica. Mas, não é o afeto, enquanto fato anímico ou social, que interessa ao direito. O que interessa, e é seu objeto próprio de conhecimento, são as relações sociais de natureza afetiva que engendram condutas suscetíveis de merecerem a incidência de normas jurídicas. Esse é o mundo da cultura, que é o mundo do direito. O termo "socioafetividade" conquistou as mentes dos juristas brasileiros, justamente porque propicia enlaçar o fenômeno social com o fenômeno normativo. De um lado há o fato social e de outro o fato jurídico, no qual o primeiro se converteu após a incidência da norma jurídica. A norma é o princípio jurídico da afetividade. As relações familiares e de parentesco são socioafetivas, porque congrega o fato social (*145ócio*) e a incidência do princípio normativo (*afetividade*) (LÔBO, 2013, s.n.).

Assim, é possível compreender que quando se fala em afetividade existe essa junção da existência do fato social que contribuiu para dar caráter normativo de princípio para a afetividade e que hoje é base para as decisões que giram em torno de questões relacionadas a conjugalidade e de parentesco.

E Paulo Lôbo (2013) ainda é enfático ao descrever a configuração da afetividade na relação conjugal e de companheirismo.

> Na relação entre cônjuges e entre companheiros o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une as pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor e ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e de rejeição). Na psicopatologia, por exemplo, a afetividade é o estado psíquico global com que a pessoa se apresenta e vive em relação às outras pessoas e aos objetos, compreendendo "o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar sentimentos e emoções". Evidentemente essa compreensão abrangente do fenômeno é inapreensível pelo direito, que opera selecionando os fatos da vida que devem receber a incidência da norma jurídica. Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência. No caso dos cônjuges e companheiros, o dever de assistência, que é desdobramento do princípio jurídico da afetividade (e do princípio fundamental da solidariedade que perpassa ambos) pode projetar seus efeitos para além da convivência, como

> a prestação de alimentos e o dever de segredo sobre a intimidade e a vida privada. (LÔBO, 2013, s.n.).

Em dois aspectos é criticada a expressão usada por Paulo Lôbo (2013), primeiro quando ele fala sobre ‘afetividade real’, o que poderia gerar questionamentos sobre o que configuraria e o que não a configuraria. No entendimento de Ricardo Calderón (2017), essa expressão deve ser substituída demonstrando que na relação conjugal ou de companheirismo o princípio da afetividade deve incidir enquanto dever jurídico sempre que houver uma relação de conjugalidade.

A outra abordagem de Paulo Lôbo (2013) a ser observada é quando ele menciona que o dever de afetividade na relação conjugal pode se estender até mesmo depois do fim da relação, todavia o questionamento de Ricardo Calderón (2013) é o de que os efeitos prolongados da afetividade com o fim do relacionamento devem ser observados em casos concretos, não podendo dar respostas apriorísticas nesse sentido.

Nessa concepção, a afetividade enquanto princípio tem dois vieses, um presente nas relações familiares, em que o vínculo já se encontra estabelecido através do seu reconhecimento seja pela parentalidade, estabelecida pela relação paterno-materno filial, ou seja pela relação conjugal, formada pelo casamento e pelas uniões estáveis tanto homo quanto heteroafetivas. O outro viés é quando esse vínculo parental ou conjugal ainda não tenha sido reconhecido, mas se veste de posse de estado de filho, de casado ou de companheirismo. Nesse viés, a aplicação do princípio da afetividade é um fato gerador do vínculo familiar a ser reconhecido.

Na visão de Paulo Lôbo (2013), e também na leitura dada por Ricardo Calderón (2017), o princípio da afetividade tem conotação objetiva representada pelas demonstrações de atos e fatos que externam essa afetividade, seja com os filhos, através de atitudes onde remetem a existência de uma relação paterna/materna socioafetiva por meio do cuidado, assistência material, moral e educacional, seja na relação conjugal ou de companheirismo, configurada pela existência de mútua assistência, convivência, apoio para o crescimento pessoal e profissional do outro, coabitação, divisão de tarefas, dentre outras atividades que fazem incidir o princípio da afetividade como fundamento para o reconhecimento da entidade familiar existente.

Para Ricardo Calderón (2017):

> A leitura jurídica da afetividade deve ser realizada sempre com uma lente objetiva, a partir da persecução de fatos concretos que permitam sua averiguação no plano fático: uma afetividade jurídica objetiva. Corolário disso, a percepção que o princípio da afetividade jurídica possui duas dimensões: a objetiva, que é retratada pela presença de eventos representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva; e a subjetiva, que refere ao afeto anímico em si, o sentimento propriamente dito. A verificação dessa dimensão subjetiva certamente foge ao Direito e, portanto, será sempre presumida, o que permite dizer que constatada a presença da dimensão objetiva da afetividade, restará desde logo presumida a sua dimensão subjetiva (CALDERÓN, 2017b, p. 147).

Nesse sentido, a afetividade deve ser lida como um princípio de forma objetiva, e não se fazendo a análise sob o aspecto subjetivo, de que existe ou não internamente a presença do sentimento de afeto, porque tal análise não cabe ao campo jurídico.

A construção do princípio da afetividade juntamente com a efetivação de outros princípios criou paradigmas no direito das famílias e, nos dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira (2011, p. 197), o princípio da afetividade “passou a ser fundamental e essencial, refletindo todos os seus campos e servindo como base para os outros princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da responsabilidade”.

Todavia, a afetividade por si só não é suficiente para resolver todos os problemas do direito das famílias e nem é o suficiente para reconhecer todas as relações familiares, porque outros elementos devem estar presentes para a configuração da família como é o caso do requisito da estabilidade, onde os relacionamentos devem ser sólidos, razão pelo qual não tem espaço para o descompromisso, e a ostensibilidade, que é um relacionamento público, notório, contínuo. Dessa maneira, havendo esses elementos estruturais presentes, que são a afetividade, estabilidade e ostensibilidade e sendo a afetividade como o principal deles não há por que negar o reconhecimento de uma entidade familiar.

Com base no que foi demonstrado, a afetividade é um princípio que tem a intenção de constituir família. A afetividade acaba sendo uma exigência de equidade para o reconhecimento de famílias atípicas, pois ela está estritamente ligada à autonomia privada e à dignidade da pessoa humana e se torna pressuposto para a efetivação da pluralidade familiar.

A afetividade enquanto princípio acaba garantindo o exercício de liberdades fundamentais e a inclusão enquanto família daqueles que se enquadram num relacionamento afetivo, estável e ostensivo e que se encontram excluídos, uma vez

que não fazem parte de um rol tipificado de entidades familiares. Fato é que deve haver tratamento igualitário entre essas famílias que possuem esses requisitos em sua formação.

A história do direito das famílias é marcada por várias situações de tratamento desigual como é o caso, por exemplo, da diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, da distinção da união estável com o casamento, e que com o tempo acabaram sendo reconhecidos pelo direito através da igualdade entre os filhos, da equiparação entre casamento e união estável.

Dessa forma, a afetividade como princípio possibilita trazer uma dimensão objetiva da afetividade através da autodeclaração dos envolvidos na relação de que vivem numa entidade familiar, de maneira que os fatos sociais demonstram a presença de uma manifestação afetiva que não é representada por um sentimento, mas sim de um espaço para realização da dignidade da pessoa humana dos envolvidos, da presença da autonomia, num relacionamento que busca o crescimento e o pleno desenvolvimento da personalidade dos seus membros e que tem o *intuito familiae* presente.

Com todos esses elementos, o exercício da autonomia privada dos envolvidos em dizer e reconhecerem que vivem numa entidade familiar se torna uma consequência para a efetivação do princípio da pluralidade familiar, que tem o intuito de incluir todas as formações contemporâneas de família na sociedade como instituição familiar, com especial proteção do Estado.

5.4 A afetividade como comando direcionado ao Estado

As transições ocorridas na sociedade no âmbito cultural, econômico, político, social, religioso têm contribuído para afetar as estruturas dos relacionamentos. A exemplo, pode-se citar a conquista da mulher no mercado de trabalho, bem como o prazer, que aos poucos tem sido instrumento de libertação do corpo feminino, pois, além desse corpo ser um direito de personalidade, onde a pessoa tem a liberdade e a autonomia de dispor ou não dele, tem favorecido a descoberta de novas formas e experiências de vivências.

Outros fatores podem ser mencionados, como a maior longevidade humana, a possibilidade do divórcio e da dissolução da união estável, o aparecimento de métodos anticonceptivos, a maternidade e a paternidade sendo realizada através da

adoção, produções independentes, socioafetividade e reproduções assistidas, tem-se desvinculado a ideia de casar-se para ter filhos, já que não existem papéis parentais e de gênero mais definidos.

Essas mudanças, com o tempo, foram ocorrendo e não mais é possível aceitar um moralismo religioso em que regras de cunho moral sejam impostas. A própria Constituição da República de 1988, no artigo 5º, inciso VIII, determina que: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política” (BRASIL, 1988).

Percebe-se, então, uma abertura às novas formas de se viver e a liberdade de escolha dada à pessoa. Como diz Regina Navarro Lins (2020), o amor romântico é algo sedutor e que as pessoas acreditam que é um remédio essa sensação de um completar o outro, todavia, “nesta primeira década do século XXI, com tantas opções de vida, o que homens e mulheres mais desejam: estabilidade nas relações amorosas ou liberdade?” (LINS, 2020, p. 385), ela ainda completa que “vivemos um período de grandes transformações no mundo, e, no que diz respeito ao amor, o dilema atual parece se situar entre o desejo de simbiose com o parceiro e o desejo de liberdade.” (LINS, 2020, p. 385).

Ainda Regina Navarro Lins (2020) fala que no passado o amor representava conquista, sedução, elogios, fantasias para conquistar o outro, hoje, para entender o amor, quando se procura igualdade, é importante saber o que outro deseja, retira-se de cena o amor romântico e entra o companheirismo e a solidariedade como ingredientes principais.

Essa lógica é a que impera nos relacionamentos que procuram ser duradouros e estáveis, pois tem outros relacionamentos em que buscam quantidade, satisfação e episódios agradáveis e de prazer.

Zygmunt Bauman (2021) diz que o mundo é líquido e nada tem sido feito para durar, e o amor líquido também acontece enquanto ele traz satisfação e, caso não esteja trazendo mais, há a substituição por outras formas de amar, que propiciam ainda mais satisfação.

Nesse sentido, existem muitos relacionamentos líquidos e formas de amar. Na modernidade líquida, o instituto casamento está em constante desconstrução e reconstrução, e a insatisfação da vida a dois tem contribuído para surgir novos vínculos sociais, afetivos e sexuais. Assim, práticas antes que nem eram imaginadas passaram a estar presentes no relacionamento, devido à liberdade sexual. Sendo

assim, é possível encontrar pessoas dispostas a realizarem *ménage à trois*[17]*,* troca de casais com a prática do *swing*, poliamor, além das experiências de práticas sexuais escolhidas pelas diversas orientações sexuais presentes na sociedade, onde as mais comuns são heterossexual, que se sente atraído pelo sexo oposto, o homossexual, que tem atração pelo mesmo sexo, o bissexual, que tem atração por ambos os sexos, o assexual, que embora não tenha atração por sexo nenhum possui interesse de manter um relacionamento com alguém, e o pansexual que tem atração por pessoas, independentemente do sexo.

Da mesma forma que existem esses relacionamentos livres, líquidos, fluidos, muitas pessoas fazem opção por um relacionamento sólido, seguro, onde se busca o crescimento entre os membros, mútua assistência e vontade em formar uma família.

Como anteriormente apresentado, novas entidades familiares foram se formando, algumas já tipificada pela Constituição da República de 1988 e pelo Código Civil, e outras que, embora atípicas, estão em busca de reconhecimento. Sendo assim, fica o questionamento sobre quais os requisitos esse casal ou agrupamento de pessoas deve conter para serem considerados como entidade familiar.

Já se tem o entendimento e a previsão legal pela Constituição da República de 1988, no *caput* do artigo 226, de que a família, base da sociedade, deve ter total proteção do Estado. Assim, se torna uma regra de que toda entidade familiar precisa ser protegida pelo Estado. Mas quais são essas entidades familiares? Sabe-se também que já existe um rol exemplificativo e que o judiciário, através de algumas decisões, reconheceu outras famílias que não tinham previsão expressa no Código como a família anaparental, família reconstituída, o casamento ou a união estável homoafetiva. Por outro lado, algumas famílias como a poliafetiva e as simultâneas ainda pleiteiam pelo seu reconhecimento como entidade familiar.

Todavia, não interessa nesse momento nomear essas entidades familiares formadas e que fazem parte da sociedade, mas sim, estabelecer requisitos para que toda e qualquer entidade familiar atípica, que se apresente como família, seja reconhecida pelo Estado.

---

[17] É o sexo a três. Segundo Regina Navarro Lins (2020, p. 412) Jean-Jacques Rousseau foi um grande incentivador e participante dessa prática. Além dele Catarina da Rússia e Friedrich Engels também praticavam. A autora destaca a tríade mais famosa composta pelo filósofo Jean-Paul Sartre, Simone de Beauvoir e Bianca Bienenfeld.

O direito possui dificuldades para lidar com o novo, com o que é diferente e o que sai fora dos padrões. Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia (2017) acredita que o direito foi construído a partir de uma normalidade, uma linearidade, em que pessoas e identidades devem caber nessas caixas e quando essas pessoas não se adequam a esse padrão elas são excluídas.

Da mesma forma que é com as diversidades, o direito não tem reconhecido aquelas famílias fora dos padrões tradicionais. Em certas decisões, algumas dessas uniões se enquadram, como foi o caso das uniões homoafetivas, e em outras decisões algumas ficam de fora, como é a situação das famílias simultâneas e poliafetivas.

Acaba sendo um desafio para o direito mudar a matriz estrutural da família tradicional para reconhecer também as famílias atípicas, isso demonstra uma certa indiferença com as entidades familiares formadas com o laço da afetividade, onde o judiciário ainda não possui segurança para reconhecê-las como família, o que acaba gerando tratamento desigual, além de fazerem com que esses grupos não tenham a proteção e efeitos jurídicos que uma entidade familiar tem direito.

Uma característica de todas as famílias na atualidade é o elemento da afetividade presente, situação essa que não existia conforme as características da família do passado, que era matrimonialista, patrimonialista, heterossexual e patriarcal. A transição para a pós-modernidade, onde a família se torna plural, tem a função de proteger e promover os membros que a compõe, se fundamentam no eudemonismo.

O que se percebe é que a família não deve ser formada apenas com base naquilo que o legislador diz que é família, ficando a cargo de cada pessoa entrar dentro de uma das caixas estabelecidas por ele – legislador – para não ficar de fora e receber a proteção e a garantia dos efeitos jurídicos patrimoniais, previdenciários e sucessórios.

Contudo, pelo exercício da autonomia nas relações privadas, que envolvem questões jurídicas existenciais, a pessoa pode fazer escolhas que estão fora dos modelos dados pelo legislador. Nessa concepção, a realidade da nova constituição da família se baseia na afetividade. Segundo Paulo Lôbo (2008),

> A família é sempre socioafetiva. Ela é a regra. Ela é socioafetiva porque é um fato social, que se transformou num espaço de realização de dignidade da pessoa humana pela ONU. A Declaração Universal dos Direitos Humanos diz que a família é a base da sociedade. Não é mais base do Estado, é base da sociedade. E assim diz o artigo 226, caput, da Constituição brasileira- base

> da sociedade; portanto, é o mais importante grupo social constitucionalizado. E, ao mesmo tempo, o que lhe dá a peculiaridade como um grupo social que se distingue dos outros porque o seu elemento matriz é a afetividade. E por isso correta essa expressão que começou e que conquistou foro de cidadania entre nós no Brasil nos últimos anos, qualificando as chamadas família socioafetiva, paternidade socioafetiva, filiação socioafetiva (LÔBO, 2008, p. 253-254).

Assim, o que vai distinguir a entidade familiar de qualquer outro casal ou grupo de pessoas que têm relação de amizade, namoro, coleguismo, ou que têm e mantém relação sexual nos seus mais diversos formatos, é o elemento afetividade, já que a família deve sempre ter a característica da socioafetividade.

E essa afetividade que tem força jurídica e que vai caracterizar a família não é afetividade como fato social ou como a descrita pela psicologia que é dotada pelo sentimento de paixão, emoção, amor, mas sim, é a trans-eficácia dela – fato social e psicológico – para o fato jurídico.

E Paulo Lôbo (2008), para explicar essa trans-eficácia, utiliza de Pontes de Miranda ao demonstrar que dentro de uma relação conjugal ou de companheirismo a presença do dever de lealdade, de consideração recíproca, bem como de assistência moral e material têm por base a afetividade. E, mesmo que ao longo do relacionamento o afeto real que é o sentimento, o amor acabe uma vez que faz parte do relacionamento com os fatos da vida e que, por consequência, pode gerar o fim do relacionamento pelo divórcio ou pelo rompimento da união estável ainda assim, os deveres jurídicos devem prevalecer, o que faz com que as partes possam pleitear pensão alimentícia, por exemplo. Isso porque na visão dele “o afeto, quando desaparece do mundo real, não deixa de ser fundamento para o cumprimento de deveres jurídicos que persistem” (LÔBO, 2008, p. 254).

Paulo Lôbo (2008) também exemplifica uma relação entre pais e filhos cuja relação tem a afetividade como presunção, ainda que na prática não exista o afeto real, que é o sentimento, ou que haja a desafeição na relação paterno/materno-filial, a afetividade ainda deve estar presente enquanto dimensão jurídica. E isso é bem o que a Ministra Nancy Andrighi (BRASIL, 2012) defende na decisão sobre indenização por abandono afetivo, onde caracteriza a afetividade como dever de cuidado, porque ainda que o pai e a mãe não amem ou deixem de amar o filho, os deveres de cuidado, educação e criação devem ser garantidos.

Dessa maneira, é possível compreender que a afetividade deve ser lida a partir de uma visão jurídica para solucionar os problemas da relação familiar, principalmente

das famílias atípicas, que tem uma certa resistência do judiciário para serem reconhecidas. E, para defender essa possibilidade de reconhecimento jurídico das famílias atípicas utiliza-se os ensinamentos de Leonardo Macedo Poli (2019) e desse mesmo autor num artigo em conjunto com Giulia Miranda Corcione (2019) que demonstram ser o afeto muito mais do que a concepção dada pela Ministra Nancy Andrighi (2012), pois o entendem e o conceituam como um vínculo constitutivo e distintivo da entidade familiar.

Assim, o afeto encontra-se no mundo fático onde ele possa estar ou não presente dentro do contexto de uma relação. Dessa forma, cabe as partes, pela autonomia privada que lhes é garantida, escolherem se querem ou não viver em família.

O afeto não pode ser imposto pelo Estado. Se o relacionamento não se enquadra dentro das famílias reconhecidas pelo ordenamento jurídico, “será a autodeclaração dos sujeitos envolvidos que valerá como forma de se reconhecer a família” (POLI; CORCIONE, 2019, p. 38).

Nesse sentido, o afeto não pode ser encarado como sentimento, porque a subjetividade não deve servir de base para o direito, isso porque a família ideal pode ser constituída por amor, mas a família real às vezes, pois as razões que levam a constituição da família são plurais e nem sempre são formadas pela presença do sentimento do amor. Sob esse ponto de vista, o judiciário não seria capaz de analisar, pois não é sua função julgar se existe ou não esse sentimento presente em determinada família, e não se pode afirmar que a ausência de afeto descaracterizaria um casal ou um agrupamento de pessoas como entidade familiar[18].

E esse entendimento de que o afeto seria um sentimento é claramente um dos argumentos contrários à consideração da afetividade como princípio e que realmente foge do controle do direito, ainda mais porque existem relações que não são pautadas no afeto e que, portanto, sob esse ponto de vista, não poderiam ser reconhecidas como família. Contudo, o fato de algumas relações familiares não se basearem no afeto para serem constituídas não deve haver impedimento para tornar a afetividade um elemento objetivo caracterizador da entidade familiar. Se pretende aqui trabalhar a afetividade

[18] Fazendo uma comparação a esse argumento de que existem famílias que não são formadas com base no afeto, Ricardo Calderón (2017, p. 112) faz uma comparação usando a cláusula da boa-fé presente no Código Civil, no sentido de que embora o Código prevê a boa-fé em seu texto não significa a inexistência da má-fé, apenas se ateve ao fato de que a boa-fé predominava nas relações.

sob um outro enfoque, de modo que ela tenha um viés jurídico e que supere os impedimentos existentes para o seu reconhecimento enquanto princípio jurídico.

É necessário, portanto, que o afeto tenha um significado objetivo para que se torne um critério a ser observado pelo judiciário quando verificar se há a presença do *animus familiae* declarado pelos envolvidos.

Assim, pode-se considerar que a afetividade é o vínculo constitutivo e distintivo da entidade familiar, por ser ela elemento formador da família e que vai distinguir e diferenciar uma entidade familiar de qualquer outra relação que não configure família. Desse modo, amigos que dividem um mesmo apartamento, namorados que compartilham de uma casa para dividir despesas, uma república de estudantes ou pessoas que praticam o poliamor romântico ou sexual se diferenciam de um relacionamento que, na prática, têm o intuito familiar pelo fato de haver um vínculo de afetividade entre os membros que a compõem.

Nessa perspectiva, o afeto sendo um fato gerador da entidade familiar abarcaria todas as famílias atípicas, sendo cada uma delas formada conforme os critérios de escolha dos membros que a compõe. Sob esse olhar, formar-se-ia a família a partir de duas condições:

> A primeira delas é que existe um vínculo afetivo entre as pessoas e, segunda, que tais pessoas atribuam a tal vínculo força suficiente para o grupo constituir-se como família. Nessa perspectiva, o afeto não perde a sua subjetividade. No entanto, ele ganha objetivação através do ato de nomeação pelo qual os próprios componentes do grupo reconhecem sua pertença e vinculação recíproca. Para o Direito, tal gesto é suficientemente objetivo para ser reconhecido como um fato jurídico (POLI; CORCIONE, 2019, p. 35).

O afeto, enquanto vínculo que constitui a família, possibilitaria enquadrar as famílias atípicas como entidade familiar o que evitaria que algumas famílias ficassem por fora do muro. A afetividade como elemento caracterizador da família teria condições de fazer com que o Estado não mais excluísse nenhum tipo de família e efetivamente cumpriria o caput do artigo 226 da Constituição da República de 1988, que contém um rol aberto de possibilidades de formações familiar.

Essa imposição ao Estado é dada devido a identificação do afeto como um comando direcionado ao Estado, teoria essa levantada por Leonardo Macedo Poli (2019). Nesse olhar,

> Se o afeto for pensado como um comando de ação voltado ao Estado, ficará entendido que quando o princípio da afetividade estiver presente nas relações familiares ele deverá ser regulado e protegido pelo Estado. Essa parece ser a melhor interpretação sobre o instituto, pois seria um dever do Estado dar o amparo legal a essa família, garantindo aos indivíduos seus direitos civis. Conforme esse entendimento, cabe ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário garantir a manutenção das entidades familiares fáticas e atípicas. Não é papel do Estado discriminar, excluir ou ignorar. Ao contrário, cabe a ele o dever de proteção daqueles cidadãos que se reconhecem como família independentemente do formato, desde que conectados pelo afeto, entendido como um vínculo constitutivo distintivo da entidade familiar ou como vínculo de pertencimento (POLI; CORCIONE, 2019, p. 36).

Então, cabe ao Estado reconhecer àquela família em que os seus membros declaram a presença da afetividade como elemento formador da entidade familiar. Nesse entendimento, os papeis acabaram sendo trocados, pois ao invés do Estado ditar para a sociedade o que é família ou não, e assim a pessoa vai se adequando dentro das caixas de entidade familiar reconhecidas por ele, onde esse grupo de pessoas teriam que se submeter a um modelo monogâmico, desenvolver o sentimento de amor dentre outras regras, se torna um comando determinado ao Estado para reconhecer àquela família que se autodeclara como entidade familiar.

Essa autodeclaração de vínculo de pertencimento do afeto enquanto elemento formador da família vem dar proteção e tratamento igualitário àquelas entidades familiares constituídas, mas que o judiciário não as reconhece como entidade familiar atípica.

Nessa visão, o Estado passa a ser impedido de interferir na esfera privada da entidade familiar ao impor o que é ou deixa de ser família, isso porque quando se fala de questões jurídicas existenciais relacionadas à família deve haver uma menor intervenção do Estado. É inegável que, no tocante a escolha de qual entidade familiar pertencer ou formar, há espaço para essa livre constituição.

Ricardo Calderón (2017) contribui que nas relações familiares que envolvem questões de conjugalidade/companheirismo a intervenção deve ser muito menor do que as questões de cunho parental, referentes à relação de parentesco paterno/materno filial, isso porque,

> [...] propor a intervenção desmesurada do ente estatal na ambiência familiar, espaço onde deve ocorrer o livre desenvolvimento da personalidade humana, importa inevitavelmente em aceder ao cerceamento da construção dessa personalidade própria das pessoas que pretendem se realizar, em coexistencialidade, naquele espaço familiar (FACHIN, 2012, p. 158).

Nessa seara, o Estado apenas tem que reconhecer e proteger a família onde existe a presença do requisito objetivo afetividade, estabilidade e ostensibilidade, de forma a mudar o que tem sido alvo de entendimento pelo judiciário, que até então seleciona aquilo que ele quer proteger. Assim, a afetividade sendo direcionada ao Estado representa um comando de inclusão, porque o Estado não pode ter essa função valorativa em dizer o que é abarcado e o que não é, como no caso de decisões conflitantes onde reconheceu-se, depois de muita discussão e luta, o casamento e a união estável homoafetiva, porém, hoje tem excluído as famílias simultâneas e poliafetivas.

Agora, com a existência da autodeclaração da afetividade como vínculo de pertencimento enquanto entidade familiar, abre-se margem para abarcar as várias entidades familiares não reconhecidas. Assim, “a afetividade é um fator juridicamente relevante, pois é um elemento que constitui relações por meio da livre declaração das partes envolvidas. Por essa razão constituiu-se como um elemento que cria direitos” (CORCIONE, 2020, p.123).

Assim, a proposta é o Estado reconhecer e proteger as pessoas que se autodeclaram como vinculadas como família, a partir do elemento distintivo da afetividade presente, e não impor afeto a uma pessoa que não escolheu viver numa entidade familiar.

Hoje acaba que o judiciário tem se comportado de forma que se uma relação familiar não se encontra inserida expressamente nas hipóteses previstas pela Constituição da República, pois nem todas as formações familiares são iguais, ela não se enquadraria na caixa conceitual de família que normalmente procura reduzir as complexidades das relações vividas pela sociedade. E como diz Alexandre Gustavo M. Franco de Moraes Bahia (2017) sobre as demandas da diversidade é que o direito da atualidade deve sempre buscar pelo pluralismo, uma vez que já passou da hora de aumentar o número dessas “caixas”, porque o momento não é mais de caixas normalizadoras e homogeneizadoras, é de reconhecimento e inclusão.

O que se entende é que, com as diversas formações atípicas de famílias que se tem nessa sociedade complexa e dinâmica, não há mais espaço para a exclusão e para a imposição de formações familiares tradicionais e autoritárias, uma vez que lidar com o reducionismo codificador é continuar com o formalismo que é tanto combatido. O momento que se busca na contemporaneidade é o de aproximar o

direito da realidade, porque toda “categorização é redutora de complexidade e sempre significa a exclusão daquele que não se encaixa” (BAHIA, 2017, p. 501).

A partir de tudo que foi demonstrado, só é possível garantir o conceito atual de família, que é a formação de um espaço para o crescimento e a livre realização dos membros que a compõe, com o compartilhamento de responsabilidades e exercício da solidariedade na constância da convivência familiar, se é garantido a cada pessoa o direito de escolha sobre qual relacionamento mais se aproxima da eudemonia. Para isso, a autodeclaração da afetividade dos envolvidos na relação como vínculo constitutivo e distintivo se torna um elemento jurídico objetivo importante para legitimar famílias atípicas.

Assim, a afetividade deve ser lida como um comando direcionado ao Estado porque a ela, enquanto elemento indispensável para formação de entidades familiares atípicas, de uma certa maneira está ligada à subjetividade, e se torna pressuposto do exercício da autonomia, que é inerente à dignidade humana, e que, portanto, não pode ser desconsiderada pelo Estado para o reconhecimento das famílias.

Para trabalhar o caminho percorrido que fez chegar à reflexão dessa teoria sobre a afetividade como um critério necessário de força normativa principiológica, é preciso observar a realidade fática das famílias atípicas que pleiteiam no judiciário o reconhecimento de suas uniões como entidade familiar, e que muitas vezes têm os seus direitos negados, conforme será abordado no capítulo seguinte.

6 AUTONOMIA PRIVADA, DIGNIDADE E PLURALISMO FAMILIAR COMO FUNDAMENTO PARA O RECONHECIMENTO DE FAMÍLIAS ATÍPICAS

A garantia da autonomia privada nas situações jurídicas existenciais familiares, bem como a efetivação da dignidade da pessoa humana existente no relacionamento, contribui para reconhecer novas formas de convivência intersubjetiva e respeitar as escolhas individuais de cada um para sua autorrealização enquanto pessoa.

E, como a afetividade é elemento indispensável na criação de vínculos de parentalidade e de conjugalidade, o direito não pode limitar os efeitos jurídicos das relações contemporâneas surgidas com a presença desse elemento, sob pena de ferir a dignidade da pessoa humana.

Diante do respeito à autonomia para constituir novas formas de entidade familiar, a liberdade de escolher o seu par para viver em família, bem como a realização do planejamento familiar e da não intervenção do Estado nas relações privadas, tais ideias concretizam e efetivam o princípio da pluralidade familiar.

Para fundamentar o entendimento de que a afetividade deve ser um comando direcionado ao Estado para o reconhecimento de entidades familiares atípicas, importante apresentar o caminho que tem sido percorrido e a luta junto ao judiciário que tem enfrentado superficialmente a temática pelo reconhecimento de novas famílias contemporâneas, como é o caso das decisões envolvendo famílias simultâneas e as discussões do CNJ sobre as famílias poliafetivas.

No capítulo anterior, foi desenvolvido os critérios necessários a serem observados para incluir na proteção do Estado as famílias atípicas. Agora, no presente capítulo, será demonstrado, através de casos concretos, a possibilidade de aplicação desses critérios como condição para reconhecer toda e qualquer relação afetiva que preencha os requisitos para constituição de uma entidade familiar, já que o Estado não pode discriminar, ignorar e nem marginalizar formas de família atípicas, sob pena de descumprir o princípio do pluralismo familiar, autonomia, liberdade, igualdade e dignidade.

6.1 A aplicabilidade do princípio do pluralismo familiar, autonomia e da dignidade da pessoa humana

É necessário repensar o direito constantemente, principalmente quando se relaciona aos interesses particulares em situações jurídicas não patrimoniais. A finalidade do direito deve ser vista de uma maneira positiva, contribuindo para o desenvolvimento da pessoa, ou seja, “sua finalidade é socializante e, em última instância, todo Direito visa a proporcionar o convívio de várias autonomias. Por óbvio, isso não justifica a aniquilação da liberdade individual” (NAVES, 2014, p. 117).

Nesse aspecto, a autonomia privada deve estar estritamente ligada ao interesse público e, “ora tomam-se medidas de interesse público, desde que respeitadas as diferenças dos particulares, permitindo-lhes reger a sua vida com liberdade e responsabilidade” (NAVES, 2014, p. 117). Esse respeito à diferença dos particulares e a liberdade de cada um reger a sua vida tem ligação com a autonomia para formar qualquer entidade familiar, desde que pautada na solidariedade, comunhão de vida material e afetiva entre seus integrantes, desenvolvimento da personalidade dos membros que a compõem e que preenchem os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

E como a sociedade assume vários contornos por ser dinâmica, complexa e estar em constante movimento, o legislador não tem o condão de impor o que é família, porque as várias entidades familiares existentes, ainda que não tipificadas, surgem do fato social, pois estão imersas nos movimentos sociais, históricos, econômicos e valorativos, encontrando-se em constante mudança.

Nesse sentido, a diversidade de famílias surgidas na sociedade deve ser reconhecida. Isso porque não foi o direito que criou a sociedade, mas sim a sociedade que criou o direito, já que ele é um fato social e não é uma moldura estática e predeterminada, e que precisa estar em constante releitura.

O fato social emerge na sociedade e essas famílias atípicas têm surgido, se formando e pleiteando ao Estado o seu reconhecimento, que, em um primeiro momento, tem uma certa resistência e não enfrenta discussões aprofundadas para reconhecê-las como entidade familiar.

Como afirmam Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira (2017):

> No marco democrático, o Direito Civil se apresenta como uma realidade normativa construída argumentativamente a partir de problemáticas que se descortinam em uma sociedade marcada pela diversidade. É por tal razão que o método que o civilista deve se valer para compreender o Direito Civil pressupõe, necessariamente, a percepção de uma sociedade que se constitui a partir de ações e interações normativamente integradas, sem um modelo 8fixo e determinado. Isso porque os projetos de vida que se descortinam no seio social e demandam do Direito Civil reconhecimento, devem encontrar respaldo em orientações normativas mais abrangentes e gerais, possibilitando acolhimento, na maior medida possível (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 1).

Trazendo esse contexto para a família, em razão da sociedade dinâmica que vive a contemporaneidade, não há como traçar um modelo fixo e tradicional de entidade familiar, devido à diversidade das formas de se viver, de pensar, de agir, decorrente da liberdade de escolha e do exercício da autonomia privada.

Contudo, na realidade, o judiciário tem mostrado uma exclusão de alguns agrupamentos de pessoas como entidade familiar e, ao mesmo tempo, tem reconhecido outros arranjos, o que gera tratamento desigual.

A luta pelo reconhecimento é trabalhada pelo filósofo e sociólogo Axel Honneth (2003), que procura enfrentar um problema da modernidade que é o exercício da liberdade em iguais condições, ou seja, o reconhecimento do outro enquanto indivíduo pertencente à sociedade, sendo que esse não reconhecimento pode gerar restrição de direitos e marginalização.

Cabe lembrar que Axel Honneth (2003) utiliza da teoria trazida por Friedrich Hegel para trabalhar com as relações intersubjetivas presentes na sociedade, que são uma mistura de relações amorosas, jurídicas e sociais. A autorrealização da pessoa pode se dar com o reconhecimento intersubjetivo e ela é alcançada quando há a presença desses três elementos, sendo necessário a existência de autoconfiança na experiência do amor, o que quer dizer que “a segurança emotiva demonstrada nas experiências e nas manifestações de carência e sentimentos, propiciadas pela experiência intersubjetivas do amor, constitui o pressuposto da autoconfiança” (SÁ, 2019, p. 256).

Para Axel Honneth (2003, p. 159), essas relações “amorosas devem ser entendidas aqui todas as relações primárias, na medida em que elas consistam em ligações emotivas fortes entre poucas pessoas, segundo o padrão de relações eróticas entre dois parceiros, de amizades e de relações pais/filhos”.

Axel Honneth (2003, p. 160) afirma que na visão de Hegel o amor corresponde a primeira etapa de reconhecimento recíproco, isso é devido ao fato de que “em sua

efetivação os sujeitos se confirmam mutuamente na natureza concreta de suas carências, reconhecendo-se assim como seres carentes”

Já na experiência do direito, se alcança o respeito a partir do momento em que a pessoa consegue identificar que para ela ter direito ela também deve contrair obrigações em relação ao outro. Axel Honneth (2003) é enfático ao afirmar que o sistema jurídico deve ser entendido como uma exteriorização de uma dimensão universal da sociedade, de maneira que ele não aceita mais exceções e privilégios. Os sujeitos envolvidos conseguem decidir com uma certa autonomia individual quando se trata de normas de cunho moral.

Esse autorrespeito, que é uma atitude importante na luta por reconhecimento jurídico, demonstra a “possibilidade de um sujeito ser capaz de se considerar, na experiência do reconhecimento jurídico, como uma pessoa que partilha com todos os outros membros de sua coletividade as propriedades que capacitam para a participação numa formação discursiva da vontade” (HONNETH, 2003, p. 197).

O terceiro nível de reconhecimento trazido por Axel Honneth (2003) é a estima social, isso porque a autorrealização do indivíduo também se dá na experiência da solidariedade com a presença da autoestima, ou seja, “a estima social se aplica às propriedades particulares que caracterizam os seres humanos em suas diferenças pessoais” (HONNETH, 2003, p. 199).

Essa solidariedade é vista como uma “espécie de relação interativa em que os sujeitos tomam interesse reciprocamente por seus modos distintos de vida, já que se estimam entre si de maneira simétrica” (HONNETH, 2003). Essa forma de reconhecimento recíproco, marcada pela solidariedade, faz com que os indivíduos e os grupos sociais consigam ter sua identidade própria, quando se tornarem reconhecidos intersubjetivamente.

Nesse sentido, essas três formas de reconhecimento – amor, direito e solidariedade – efetivam a autorrealização da pessoa e contribuem para criar condições sociais onde o sujeito passa a ter uma atitude positiva com ele mesmo, por estar fortalecido pela autoconfiança, autorrespeito e autoestima. Com essa percepção, a pessoa se sente um ser autônomo e individualizado e tem mais condição de ir atrás de seus objetivos e objetos (SÁ, 2019).

Porém, a desconsideração desse reconhecimento intersubjetivo configura um desrespeito e gera maus tratos, privação de direitos, degradação e ofensas que se tornam motivos para as lutas sociais, para a luta pelo reconhecimento, onde os

indivíduos que são desrespeitados e têm seus direitos violados procuram lutar para alcançar as relações intersubjetivas do reconhecimento.

Assim, nesse contexto, Axel Honneth (2003) trabalha a ideia de eticidade ao seguir o entendimento de Hegel, no qual eticidade significa condições intersubjetivas que se agem como condições normativas e contribuem para a autodeterminação, autorrealização e a autonomia individual do sujeito.

O reconhecimento contribui para que o sujeito se torne autônomo e pertencente a culturas de vida diferentes, e que possuem o respeito por suas escolhas.

O que se entende é que:

> Em uma sociedade que reconhece o pensamento livre, a tendência e o risco são as pessoas agirem de forma atomizada, na busca de interesses excludentes. Entretanto, Hegel assume a ideia do universal, não como algo pressuposto, a priori que o civilista deve se valer para compreender o Direito Civil pressupõe, necessariamente, a percepção de uma sociedade que se constitui a partir de ações e interações normativamente integradas, sem um modelo fixo e determinado. Isso porque os projetos de vida que se descortinam no seio social e demandam do Direito Civil reconhecimento, devem encontrar respaldo em orientações normativas mais abrangentes e gerais, possibilitando acolhimento, na maior medida possível (SÁ; MOUREIRA, 2019, p. 2).

Com base nesse entendimento, é possível compreender que na visão de Axel Honneth (2003) não deve haver um modelo determinado para a sociedade se constituir, é necessário ter normas abrangentes e que permitem abarcar e proteger toda a sociedade.

E, conforme demonstrado ao longo desse estudo, mesmo havendo um texto constitucional que traz um rol exemplificativo de entidades familiares, sendo o caput do artigo abrangente, onde engloba a família no geral, ainda se tem com base na doutrina, jurisprudência e na sociedade uma limitação para se admitir e proteger famílias atípicas.

A visão de Hegel, onde Axel Honneth (2003) se baseia, é a de que não deve haver empecilhos para o exercício da autodeterminação da pessoa e que todas as pessoas devem ter garantido igual liberdade (SÁ, MOUREIRA, 2019). O direito tem que perceber que as pessoas têm e adotam individualmente diferentes formas de vida para que possam se sentir realizadas e qualquer óbice na realização da vontade do sujeito provoca um sofrimento de indeterminação que quer dizer, na visão de Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira (2019 p. 6), “uma patologia de

fundamentação normativa, capaz de desestabilizar o projeto de Direito garantidor de iguais liberdades".

É preciso garantir às relações privadas a autonomia dos envolvidos e não cabe ao direito generalizar e achar que todas as pessoas são iguais, pensam da mesma forma, têm o mesmo ideal de vida boa e desejam viver em um único tipo familiar. Isso porque a pessoa, a todo o momento, deve buscar a sua autorrealização, já que a pessoa se constrói e se reconstrói ao longo da vida. Na sociedade contemporânea, deve ser exigido "condições necessárias de autonomia individual, cujas esferas sociais uma sociedade moderna tem que abranger ou dispor para com isso garantir a todos os seus membros a chance de realização de sua autodeterminação" (HONNETH, 2003, p. 67).

Essa busca pela autorrealização e autodeterminação, que nas relações familiares vão em direção a eudemonia, somente consegue ser garantida quando a liberdade de convivência familiar com o outro, das mais diversas formas de constituição, é efetivada com pluralismo familiar enquanto princípio norteador das entidades familiares típicas e atípicas.

Também conhecido como princípio da liberdade às relações familiares, a pluralidade familiar, como já mencionado anteriormente, visa garantir a constituição bem como a dissolução ou extinção da entidade familiar conforme a vontade livre dos membros que a compõe. Essa vontade livre garantida não deve ser confundida com libertinagem ou com a exclusão e desrespeito de direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e integridade dos seus membros.

A pluralidade das entidades familiares deve ser assegurada para toda forma de constituição familiar, não cabendo ao Estado impedir qualquer formação que tenha a presença da afetividade, a estabilidade, que diferencia um relacionamento casual de um sólido que tem a presença da solidariedade e da comunhão de vida, e a ostensibilidade.

Assim, qualquer interpretação limitativa ao princípio da pluralidade familiar ou que vise excluir famílias atípicas viola o princípio da dignidade da pessoa humana, liberdade e autonomia privada.

6.2 O reconhecimento das entidades atípicas na jurisprudência brasileira

A sociedade está em constante reconstrução e, com isso, novas entidades familiares vão surgindo e batem à porta do Judiciário para serem reconhecidas. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) demonstra as mudanças nos lares brasileiros, informando que, em 2015, houve uma queda na família tradicional, formada por marido, esposa e filhos, sendo essa diminuição de 58% para 43%. E essa mudança é percebida pelos inúmeros modos de formação familiar, presenciados diariamente na vida do brasileiro (IBGE, 2015).

No intuito de demonstrar como o Judiciário brasileiro tem lidado com as questões que envolvem famílias atípicas, bem como analisar a necessidade de compreensão do afeto como vínculo constitutivo e distintivo da entidade familiar, onde a afetividade deve ser um comando direcionado ao Estado, para que, ao invés de ter uma visão conservadora e limitadora de novas entidades familiares, ele consiga eleger como entidade familiar àqueles relacionamentos onde o casal ou grupo se intitula como família, serão analisados alguns casos emblemáticos de famílias atípicas.

A primeira análise é relacionada a proibição pelos cartórios da lavratura de escrituras públicas poliafetivas, e a segunda discussão gira em torno de duas decisões jurisprudenciais relacionadas às famílias simultâneas, uma conhecida como o ‘caso do bom baiano’ e a recente decisão de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 1045273.

6.2.1 Casos emblemáticos de Tupã/SP e Rio de Janeiro e as escrituras públicas de união poliafetiva

O poliamor é conceituado como o amor por várias pessoas, segundo Daniel Cardoso (2010, p.19), “O primeiro registo bibliográfico que conhece, até à data, é de 1953, e surge na Illustrated History of English Literature, Volume 1, por Alfred Charles Ward – a Henrique VIII é dado o adjectivo de “determinado poliamorista”” e essa “palavra “poliamorosa” surge depois numa obra de ficção, Hind’s Kidnap, de Joseph McElroy, em 1969, associada à ideia de que a instituição “Família‟ está “acabada”” (CARDOSO, 2010, p. 19).

A palavra poliamor é conhecida há anos e é bem comum ser usada no vocabulário da sociedade. Só que, além de estar no conhecimento de todos, também tem sido praticado, conforme demonstra a pesquisa citada por Castro e Toledo (2017):

> De acordo com a pesquisa da consultoria YouGov, feita em 2016 nos Estados Unidos, 17% dos participantes de 18 a 44 anos disseram já ter tido relações sexuais com outra pessoa com o consentimento do parceiro. O índice cai para 9% na faixa de 45 a 64 anos e despenca para 3% entre os maiores de 65. (CASTRO; TOLEDO, 2017, n.p).

Aos poucos, os relacionamentos não-monogâmicos estão sendo um ponto de discussão pela sociedade, e em alguns lugares há o reconhecimento dos mesmos, como informa Jéssica Klein (2021) do BBC News:

> Em julho de 2020, o conselho municipal de Somerville, no Estado americano de Massachusetts, votou unanimemente pelo reconhecimento de parcerias domésticas poliamorosas. A cidade de Cambridge, que faz fronteira com Somerville, fez o mesmo recentemente.
> E isso não está acontecendo apenas nos Estados Unidos. Em 2018, dois homens e uma mulher em um relacionamento poliamoroso foram reconhecidos legalmente como pais do filho em Newfoundland, no Canadá.
> No ano anterior, três homens em um relacionamento em Medellín, na Colômbia, se casaram legalmente.
> Esses movimentos geograficamente dispersos em direção à normalização da não-monogamia ética podem ajudar a desencadear um movimento mais global (KLEIN, 2021, p.1).

Também no Brasil é possível identificar casos de pessoas que vivem em um relacionamento a três e que, ao procurarem o reconhecimento enquanto entidade familiar tiveram uma resposta negativa.

Para abordar o relacionamento a três como entidade familiar, será utilizado a expressão poliafeto ou poliafetividade para identificar a relação que tem o intuito de constituir família, já o poliamor aqui é identificado “como filosofia de vida, a qual admite que uma pessoa possa amar e ser amada por várias ao mesmo tempo, com o conhecimento e consentimento de todos os envolvidos” (POLI; VIEGAS, 2015, p. 55). Ressalta-se que a relação de poliamor pode vir a se tornar poliafetiva, estando presente os elementos afetividade, estabilidade, ostensibilidade e a existência efetiva de uma família. Assim, os casos emblemáticos que serão relatados se referem ao relacionamento poliafetivo.

O primeiro registro de escritura pública de união estável poliafetiva ocorreu em 2012. Trata-se do caso de um homem e duas mulheres que já moravam juntos há 3

anos na cidade de Tupã, interior de São Paulo. O trio resolveu regularizar a situação e a tabeliã Cláudia do Nascimento Domingues fez o registro da escritura pública de união poliafetiva.

A escritura pública de união poliafetiva garante direitos patrimoniais em caso de dissolução da união. Ela diz respeito ao regime e partilha de bens e registra o início da união estável.

O jurista Natanael do Santos Batista Júnior, que na época orientou o trio a fazer a escritura pública, entende que: "O objetivo é assegurar o direito deles como uma família, com esse documento eles podem recorrer a outros direitos, como benefícios no INSS, seria o primeiro passo. A partir dele, o trio pode lutar por outros direitos familiares" e ainda explica que "É a possibilidade dos parceiros se relacionarem com outras pessoas sem que isso prejudique os envolvidos. A escritura visa dar proteção as relações não monogâmicas, além, de buscar o respeito e aceitação social dessa estrutura familiar" (G1, 2012).

O segundo caso de registro de união estável poliafetiva aconteceu no Cartório do 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro, localizado na Barra da Tijuca, Rio de Janeiro. Trata-se de Leandro Jonattan da Silva Sampaio, funcionário de 33 anos, que se uniu a outras duas mulheres, Thais e Yasmin, decidindo oficializar o relacionamento para ter direito a plano de saúde e questões previdenciárias.

A tabeliã responsável, Fernanda de Freitas Leitão, chegou na época a registrar duas escrituras uma, no mês de outubro de 2015, referente a três mulheres que viviam numa relação poliafetiva e, a outra, de um homem e duas mulheres em abril de 2016 (IBDFAM, 2016).

O registro da união poliafetiva gerou grande repercussão no Estado do Rio de Janeiro, a ponto da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (CGJ/RJ) esclarecer, em nota, que a escritura não criava direitos pelo fato da união poliafetiva não ser reconhecida no Brasil, mas os efeitos que surtiriam se equiparavam aos efeitos do casamento ou de uma escritura de união estável, ficando a cargo de cada cartório de notas do Estado optar por confeccionar ou não escrituras semelhantes.

O notário Marcos Alves opinou que:

> Como poderia o notário negar-se a fazer a escritura pública de um pacto entre três pessoas que querem viver vida em comum, definindo os efeitos patrimoniais que devem decorrer daquela convivência? Ora, os cartórios

> exercem função delegada do Estado. Não faz sentido algum que o Estado venha imiscuir-se na intimidade das pessoas, vedando que elas declarem o que bem lhes aprouver e o façam por meio que empreste fé-pública ao que querem deixar registrado. Agora, a validade e a eficácia das declarações vertidas em Escritura pública sempre poderão ser submetidas ao escrutínio do Poder Judiciário. (IBDFAM, 2016).

Contudo, mesmo os tabeliães dos cartórios de notas, dentro de suas competências, começaram, ainda que timidamente, a lavrar escrituras públicas poliafetivas, por entenderem que não há vedação pela lei e por exercerem função delegada do Estado, ainda assim houve interferência por parte do Conselho Nacional de Justiça.

Devido a esses casos representativos de escritura pública de união estável poliafetiva gerarem repercussão no país, a Associação de Direito das Famílias e das Sucessões (ADFAS) entrou com um pedido de providências junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e em desfavor do 3º Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente (SP) e do Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Tupã (SP), sob o argumento de que as escrituras públicas de união poliafetiva são ilegais e, por isso, o CNJ deveria vedar tais lavraturas e os seus efeitos.

Os argumentos da Associação de Direito das Famílias e das Sucessões (ADFAS) giravam em torno da adoção da monogamia no ordenamento jurídico brasileiro, além da falta de eficácia jurídica, bem como a violação de alguns princípios familiares e das regras previstas na Constituição da República de 1988, que dizem respeito à família. Alegava-se, ainda, a violação da dignidade da pessoa humana, leis civis, da moral e dos bons costumes (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2018).

A ADFAS entende que é um engano a união poliafetiva, porque ela tenta validar uma união poligâmica e que qualquer tentativa de reconhecer relacionamentos poligâmicos são contrários ao parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição da República de 1988.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) pronunciou pela improcedência do pedido, ao argumento de que a Constituição da República de 1988 não apresenta no artigo 226 um rol taxativo de entidade familiares e que, por isso, deve ser permitido qualquer família, sem nenhuma cláusula de exclusão ou hierarquia. O IBDFAM defende a pluralidade de ideias, as diversas formas de formação familiar e a diversidade das conformações sociais, o que incluí o reconhecimento de uniões

poliafetivas. A monogamia para o IBDFAM é uma formação moral, religiosa e que não pode ser lida como princípio (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2018).

O IBDFAM é enfático ao defender que: “obstar o reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas afrontaria os princípios da liberdade, igualdade, não intervenção estatal na vida privada, não hierarquização das formas constituídas de família e pluralidade das formas constituídas de família” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 4-5).

A Associação dos Notários e Registradores do Brasil (Anoreg/BR) apesar de serem intimados para manifestarem, mantiveram-se inertes e o Colégio Notarial do Brasil manifestou que houve uma mudança no instituto e que a escritura pública declaratória serve de prova e não há razão para o pedido de proibição da lavratura do ato. Entendeu que cabe ao notário a função de esclarecer às partes apenas a ausência de legislação e uma posterior necessidade de demanda judicial para enfrentar o problema, mas que não lhe compete impedir o exercício de autonomia privada dos envolvidos (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2018).

O relatório deixa claro a distinção entre famílias poliafetivas e poligamia, mas ainda relata que existe uma falta de amadurecimento no debate, e que a percepção que se tem de família enquanto fenômeno sociocultural e a noção de novas famílias reconhecidas no Brasil se referem a famílias que estão agregadas aos costumes ou faz parte da vivência em sociedade, e que ainda seria necessário verificar a aceitação do poliafeto, já que há a existência de poucos casos e adeptos no país que “não são aptos a demonstrar mudança do pensamento social e levar ao reconhecimento de entidade familiar. A sociedade brasileira não incorporou a “união poliafetiva” como forma de constituição de família” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 9).

O relatório tem o entendimento de que, para que novas formas de família sejam reconhecidas pelo judiciário, primeiro a sociedade é que deve reconhecê-las, pois somente com a mudança de costumes pela sociedade é que o judiciário passa a tratar da matéria, e que isso pode acontecer no futuro, com a criação de uma lei para tratar de suas especificidades (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2018).

Um dos argumentos utilizados para o não reconhecimento da união poliafetiva é a violação do direito que proíbe qualquer possibilidade de vínculos simultâneos e veda, por analogia, uniões estáveis múltiplas, uma vez que o ordenamento jurídico tem como elemento estrutural a monogamia e que a autonomia não é ilimitada e, por isso, a escritura pública de união poliafetiva não se equipara aos efeitos de uma

declaratória de união estável, e, portanto, a escritura não faz surgir nova modalidade de família e nem gera efeitos de direito de família para os envolvidos (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2018).

Ao final do relatório, teve-se o entendimento de que nem toda relação de afeto representa uma entidade familiar, que a escritura declaratória de união estável não cria direitos, bem como a família não surge com a simples vontade, portanto, o pedido de providências foi julgado procedente determinando a proibição das lavraturas de escritura pública declaratória pelos serviços notariais.

Dentre os votos proferidos, cita-se alguns como os convergentes de Valtércio de Oliveira e Valdetário Andrade Monteiro, que entenderam que, em relação às uniões poliafetivas, era necessário ter uma norma estabelecida criada pelo Conselho Nacional de Justiça. O ex-conselheiro do CNJ Valdetário Andrade Monteiro explica que o STF reconheceu a união homoafetiva através da ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) e ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e que, da mesma forma que aconteceu com essas uniões o CNJ também poderia regulamentar certos aspectos da temática das uniões poliafetivas (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2018).

O voto divergente para julgar improcedente o pedido de providência foi do conselheiro Luciano Frota, no sentido de que a proibição do reconhecimento de uniões poliafetivas pelo Estado perpetua a exclusão e a negação da cidadania e não efetiva a democracia (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2018).

Os conselheiros Aloysio Corrêa da Veiga e Daldice Santana julgaram parcialmente divergente o pedido, sob o argumento de que poder-se-ia, para resolver essa situação, lavrar uma escritura pública de declaração de sociedade de fato, para surtir efeitos patrimoniais em caso de dissolução da sociedade, mas que não seria considerado esses casos de família poliafetiva, devendo expedir ofício para às Corregedorias Estatuais no intuito de não lavrar escrituras declaratórias de união poliafetiva sem que conste-as como entidade familiar (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2018).

Segue a ementa do pedido de providências, processo nº 0001459-08.2016.2.00.0000 de relatoria de João Otávio de Noronha, julgado em 26/06/2018.

> PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILDADE.

FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. INAPTIDÃO PARA CRIAR ENTE SOCIAL. MONOGAMIA. ELEMENTO ESTRUTURAL DA SOCIEDADE. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA. LAVRATURA. VEDAÇÃO. 1. A Constituição Federal de 1988 assegura à família a especial proteção do Estado, abarcando suas diferentes formas e arranjos e respeitando a diversidade das constituições familiares, sem hierarquizá-las. 2. A família é um fenômeno social e cultural com aspectos antropológico, social e jurídico que refletem a sociedade de seu tempo e lugar. As formas de união afetiva conjugal – tanto as "matrimonializadas" quanto as "não matrimonializadas" – são produto social e cultural, pois são reconhecidas como instituição familiar de acordo com as regras e costumes da sociedade em que estiverem inseridas. 3. A alteração jurídico-social começa no mundo dos fatos e é incorporada pelo direito de forma gradual, uma vez que a mudança cultural surge primeiro e a alteração legislativa vem depois, regulando os direitos advindos das novas conformações sociais sobrevindas dos costumes. 4. A relação "poliamorosa" configura-se pelo relacionamento múltiplo e simultâneo de três ou mais pessoas e é tema praticamente ausente da vida social, pouco debatido na comunidade jurídica e com dificuldades de definição clara em razão do grande número de experiências possíveis para os relacionamentos. 5. Apesar da ausência de sistematização dos conceitos, a "união poliafetiva" – descrita nas escrituras públicas como "modelo de união afetiva múltipla, conjunta e simultânea" – parece ser uma espécie do gênero "poliamor". 6. Os grupos familiares reconhecidos no Brasil são aqueles incorporados aos costumes e à vivência do brasileiro e a aceitação social do "poliafeto" importa para o tratamento jurídico da pretensa família "poliafetiva". 7. A diversidade de experiências e a falta de amadurecimento do debate inabilita o "poliafeto" como instituidor de entidade familiar no atual estágio da sociedade e da compreensão jurisprudencial. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema; consequentemente, a situação não representa alteração social hábil a modificar o mundo jurídico. 8. A sociedade brasileira não incorporou a "união poliafetiva" como forma de constituição de família, o que dificulta a concessão de status tão importante a essa modalidade de relacionamento, que ainda carece de maturação. Situações pontuais e casuísticas que ainda não foram submetidas ao necessário amadurecimento no seio da sociedade não possuem aptidão para ser reconhecidas como entidade familiar. 9. Futuramente, caso haja o amadurecimento da "união poliafetiva" como entidade familiar na sociedade brasileira, a matéria pode ser disciplinada por lei destinada a tratar das suas especificidades, pois a) as regras que regulam relacionamentos monogâmicos não são hábeis a regular a vida amorosa "poliafetiva", que é mais complexa e sujeita a conflitos em razão da maior quantidade de vínculos; e b) existem consequências jurídicas que envolvem terceiros alheios à convivência, transcendendo o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos. 10. A escritura pública declaratória é o instrumento pelo qual o tabelião dá contorno jurídico à manifestação da vontade do declarante, cujo conteúdo deve ser lícito, uma vez que situações contrárias à lei não podem ser objeto desse ato notarial. 11. A sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural e os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo, o que limita a autonomia da vontade das partes e veda a lavratura de escritura pública que tenha por objeto a união "poliafetiva". 12. O fato de os declarantes afirmarem seu comprometimento uns com os outros perante o tabelião não faz surgir nova modalidade familiar e a posse da escritura pública não gera efeitos de Direito de Família para os envolvidos.

> 13. Pedido de providências julgado procedente (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2018).

Nota-se que o relator João Otávio Noronha não enfrentou o problema de que se é possível ou não a união poliafetiva, e preferiu ir para o caminho mais fácil que é de apenas proibir os tabelionatos de notas de lavratura de escrituras de uniões poliafetivas.

Como demonstrado, vários foram os argumentos utilizados para não reconhecer as famílias poliafetivas, seja a monogamia como princípio, seja a confundido como poligamia ou justificando de que são poucos os casos e que a sociedade não reconhece esse tipo de relacionamento.

Todavia, a realidade é que o ordenamento negligencia o reconhecimento da família poliafetiva, ainda que na sociedade já se encontrem várias manifestações de adoção tanto do poliamor quanto desse relacionamento no formato de família, e que simplesmente estão à margem da sociedade por não terem proteção do Estado.

Em pesquisa apresentada pelo IBDFAM (2020), traçando o perfil dos poliamoristas em 20 Estados brasileiros, identificou-se que as relações poliamoristas variam na faixa etária de 18 a 67 anos de idade, o que demonstra que todas as faixas etárias têm interesse em relações poliamoristas, existindo um equilíbrio no interesse tanto de pessoas do sexo masculino (47,8%) quanto do sexo feminino (48,5%). A pesquisa revela que o grau de instrução das pessoas que adotaram esse tipo de relação é variado, correspondendo a 40,2% dos entrevistados com grau superior, 27, 6% possuem ensino médio completo, 14,6% têm especialização e 8% com titulação de mestrado ou doutorado.

Percebe-se que os optantes por esse tipo de relação possuem profissões e formações acadêmicas diversas, o que indica que essa escolha independe de classe social, nível de escolaridade, gênero ou idade, sendo esse fator uma realidade da sociedade na contemporaneidade.

Mesmo que esses dados não demonstrem se os respondentes do questionário que se relacionam com três ou mais pessoas se trata apenas da presença do poliamor na relação, sem indicar que essa relação resultou ou pode resultar numa poliafetividade, que constitui vínculo jurídico familiar, é possível já entender que a família brasileira não mais se concentra na tradicionalidade, e mesmo ocorrendo a passos lentos o avanço do Direito das Famílias, ainda existe uma luta por aqueles

relacionamentos que saem fora do padrão, para se afirmarem socialmente e juridicamente através do seu reconhecimento como família e como consequência os direitos advindos dessa relação.

Como nada é definitivo, as questões envolvendo famílias poliafetivas precisam ser reanalisadas e rediscutidas em futuros pedidos e decisões judiciais, como já ocorreu com o caso do reconhecimento da multiparentalidade, onde possibilitou o reconhecimento da coexistência da paternidade biológica e socioafetiva, corroborando com a concretização da busca pelo reconhecimento de outras relações que, embora presentes na realidade da sociedade, são ocultadas pelo direito.

O Recurso Extraordinário de nº 898060 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016) de relatoria de Luiz Fux, publicado em 24/08/2017, resta claro na demonstração de que: “A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana”. Assim, o princípio da dignidade da pessoa deve ser usado como forma de limitação da atuação do Estado, o que significa que as famílias poliafetivas não podem ficar de fora dessa regulação estatal que hoje tem se demonstrado omisso a essa realidade e essa limitação da dignidade é justamente a de não impedir relações poliafetivas.

A ementa complementa que:

> O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016).

Ao longo do desenvolvimento do texto foi demonstrado que algumas decisões jurisprudenciais já reconhecem os arranjos familiares como exemplificativos e, portanto, seria possível aos conviventes das famílias poliafetivas, no exercício de sua autodeterminação e na defesa de seus direitos existenciais, continuar insistindo no reconhecimento dessas relações pois, ao Estado, considerando a existência da sociedade que é dinâmica, não cabe ser taxativo e irredutível em reconhecer famílias atípicas para àquele cidadão que, na busca de seus direitos existenciais, pleiteia pelo reconhecimento de famílias atípicas.

Nesse sentido, a presença da afetividade na sociedade e nos arranjos familiares e a constante busca pela felicidade impede, por parte do Estado, qualquer atitude ou decisão que venha reduzir a dignidade e o exercício da autonomia das pessoas, ao impor modelos de família já definidos pela lei.

Na contemporaneidade não há espaço para o Estado impor que as famílias se enquadrem em modelos tradicionais, devido ao fato de que a pessoa e as suas questões existenciais não pode ser reduzidas à vontade do Estado, porque a sua autonomia e as suas escolhas devem ser respeitadas.

Assim, a concepção de dignidade da pessoa humana, enquanto princípio indissociável da democracia, é fundamental na contribuição para novos arranjos familiares. A partir de um conceito mais aberto de família e de respeito à pessoa enquanto indivíduo detentor de vontades e de escolhas sob qual família mais lhe agrade é possível o reconhecimento de famílias poliafetivas.

A resistência para reconhecer as famílias poliafetivas ocorre devido a uma visão moral, religiosa, preconceituosa e discriminatória que não cabe mais ser aplicada no Estado Democrático de Direito, que preza pela pluralidade de entidades familiares, dignidade, autonomia, igualdade.

As famílias poliafetivas já são uma realidade presente na sociedade e, na dúvida, sempre deve-se decidir por priorizar a família, a afetividade e a realização da pessoa.

6.2.2 Caso do bom baiano e o Recurso Extraordinário de Repercussão Geral nº 1045273

Para promover a discussão que se fará sobre a compreensão do afeto como um vínculo constitutivo distintivo da entidade familiar, serão traçadas breves considerações sobre o “caso do bom baiano” (Rext. n. 397.762-8/BA) e do Recurso Extraordinário de Repercussão Geral nº 1045273.

O primeiro caso trata-se do funcionário público do Estado da Bahia, Valdemar do Amor Divino Santos, que faleceu deixando uma esposa e 11 filhos, e também manteve por 37 anos, com Joana da Paixão Luz, uma relação paralela tendo com ela 9 filhos.

Joana da Paixão Luz, que se reconhecia como companheira do falecido, ajuizou ação previdenciária com pedido de pensão por morte, ainda que casado fosse

a condição de seu companheiro. A sentença foi julgada improcedente, fazendo com que Joana da Paixão Luz apelasse da decisão de 1ª instância. Em resposta à apelação, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia acolheu o pedido formulado pela companheira Joana da Paixão Luz ao argumento de que: “Na Inteligência da regra do art. 226, parágrafo 3º, da Constituição, tem a companheira direito à pensão, uma vez demonstrada a união estável, ainda que se trate de união paralela com a de um casamento em vigor” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008, p. 612).

Diante da procedência da ação em sede de 2ª instância, o Estado da Bahia interpôs Recurso Extraordinário, alegando ofensa ao parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição da República de 1988, sob o argumento de que não se poderia reconhecer a união estável entre o falecido e a companheira, pelo fato dele ser casado e viver com sua esposa ao tempo de sua morte.

O Tribunal de Justiça da Bahia, que julgou procedente o pedido, teve o entendimento de que estava presente no relacionamento do Valdemar com a Joana a estabilidade de um relacionamento de 37 anos, publicidade e a continuidade da vida dupla, e que esses fatos não poderiam deixar de ser reconhecidos, mesmo com a existência de casamento e de filhos com a esposa, o fato é que a união estável deveria ser amparada pela previdência social e que constituiria um dever do Estado esse reconhecimento.

O Ministro Marco Aurélio, na condição de relator, alegou que, apesar de ter havido um relacionamento forte entre o falecido e a parte recorrida, tal envolvimento não surtia efeitos jurídicos, devido a presença do casamento. No seu entendimento, verificava-se a existência de um concubinato, que gera apenas uma sociedade de fato e não uma união estável.

No voto do Ministro Carlos Ayres Brito ele deixa claro que a expressão concubinato é pejorativa e que implicaria em discriminar os filhos do casal com o rótulo de filhos concubinários, o que se torna agressivo diante do artigo 227 da Constituição da República de 1988, que preza pela igualdade entre os filhos e proíbe qualquer discriminação entre eles.

Para o Ministro Carlos Ayres Brito:

> A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois. No que andou bem a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que

> esse órgão chamado coração “é terra que ninguém nunca pisou”. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais estranha privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censora ou por qualquer modo embaraçante. (sic) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008, p.629).

Demonstrando que é contra o argumento de inexistência de união estável, em seu voto o Ministro Carlos Ayres Brito tem o entendimento que no caso em análise havia a presença da estabilidade da relação e que a companheira era dependente financeiramente do falecido, de forma a atrair o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição da República de 1988.

Contrariamente ao posicionamento do Ministro Carlos Ayres Brito, o Ministro Menezes Direito teve o entendimento de que no caso em análise não há como reconhecer a união estável estando presente um casamento, por ser essa concomitância vedada pelo direito positivo e, por isso, ele acompanhava o voto do Ministro Marco Aurélio para conhecer o recurso extraordinário e lhe dar provimento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008).

A Ministra Carmen Lúcia também acompanhou o voto do Ministro Marco Aurélio, sob o argumento de que, no Estado Democrático, o direito não pode proibir a pessoa de praticar determinadas condutas se ela estiver casada e se essas condutas forem contrárias ao direito, e concluiu que o direito “não proíbe a pessoa- porque não pode proibir- de acreditar até nas piores seitas indignas do ser humano, mas pode proibir- e proíbe- que a pessoa manifeste e adote comportamentos contrários à vida em sociedade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008, p. 647).

Para a Ministra, só o fato de não poder converter a união estável em casamento, como é o caso em litígio, não havia essa possibilidade de reconhecê-la como união estável, e que o requisito da estabilidade não quer dizer tempo e só pode ser considerado presente quando a união estável consegue se transformar em casamento. Sendo assim, não há o que se falar em estabilidade e, por isso, ela seguiu o voto do presidente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008).

Em 2008, havia muita resistência em reconhecer uma entidade familiar que fugisse dos parâmetros legais do Código Civil. Como foi demonstrado, era nítido a existência de uma união pública, contínua, notória com a presença da estabilidade, ostensibilidade e afetividade, mas o judiciário preferiu fechar os olhos e ir para o caminho mais fácil, que é o de não enfrentar o problema do reconhecimento de famílias simultâneas.

Entre proteger a companheira que viveu por 37 anos com o falecido, com prole em comum, o STF optou em não proteger à família atípica e se prendeu às amarras da legislação arcaica e alheia às vivências da sociedade.

O segundo caso de estudo, julgado em 21 de dezembro de 2020, é também do Supremo Tribunal Federal (STF) e de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. O STF não reconheceu em sede de julgamento a união estável simultânea, negando provimento ao recurso extraordinário de nº 1045273, com repercussão geral.

Trata-se de um pedido de divisão de pensão por morte de um homem que vivia em união estável com uma mulher e paralelamente mantinha uma união homoafetiva por 12 anos.

Em sede de juízo de 1ª instância, o pedido de Ação de Reconhecimento de Sociedade de Fato Homoafetiva cumulada com a declaração de efeitos previdenciários referente a convivência entre os anos de 1990 e 2002, entre o autor e o falecido, foi julgado procedente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020).

Diante da interposição de apelação, a sentença de 1ª instância foi reformada e o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que embora tenha reconhecido a relação homoafetiva, negou o pedido de efeitos jurídicos previdenciários, devido a existência de uma outra união estável existente ao mesmo tempo com a apelante Maria José de Oliveira Silva. Assim, a pensão por morte previdenciária foi deferida apenas para a companheira e à filha do falecido.

A decisão de 2ª instância concentrou sua argumentação no fato de que, no caso em análise, não era possível o reconhecimento de união estável homoafetiva sob a roupagem de sociedade de fato, porque o ordenamento jurídico vigora o princípio da monogamia o que não permite a existência de qualquer união simultânea de mais de uma entidade familiar (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020).

Nota-se que o acórdão do Tribunal de Justiça do Sergipe, em nenhum momento, trouxe uma visão discriminatória sobre o relacionamento homoafetivo, mas apenas não o reconheceu enquanto entidade familiar devido à preexistência de outra união estável do falecido com terceira pessoa.

O Ministro Alexandre de Moraes cita que com o julgamento conjunto da ADPF132 e a ADI 4.277 se torna indiscutível essa questão do reconhecimento das uniões homoafetivas, mas, por outro lado, menciona que essas decisões não autorizam a bigamia, elas garantiram o tratamento igual, independentemente da orientação sexual, e que o caso concreto do Recurso Extraordinário 1.045.273 a

discussão central é sobre a coexistência de duas uniões simultâneas e o rateio da pensão por morte (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020).

O voto do relator Alexandre de Moraes deixa claro que a primeira turma do STF já, em duas situações, debateu sobre o reconhecimento de uniões simultâneas e decidiu que o ordenamento jurídico brasileiro veda o reconhecimento de uniões estáveis concomitantes, ou de união estável paralela ao casamento. Um dos casos é o do bom baiano mencionado acima. Em ambas as decisões, o Ministro Marco Aurélio foi o relator e chegou a concluir sobre a impossibilidade de união estável paralela ao casamento ou concomitante com outra união estável.

Segundo Alexandre de Moraes, esse entendimento deve ser mantido e os argumentos utilizados para tal posicionamento se centralizam no princípio da monogamia, fidelidade recíproca durante o pacto nupcial e lealdade, no caso dos companheiros, que, no seu entendimento, significa fidelidade sexual e afetiva durante a união estável, e que esse também já é o posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. Superior Tribunal Federal, 2020).

Pelo que pode ser percebido, o STF ainda mantém um posicionamento mais fechado e tem mantido uma postura mais conservadora em não reconhecer as uniões estáveis simultâneas, mesmo com a presença de uniões duradouras, afetivas e notórias, o que demonstra uma postura excludente e não inclusiva.

Em relação ao voto vogal, o Ministro Edson Fachin chegou a mencionar decisões do Superior Tribunal de Justiça que rejeitaram a concessão de efeitos previdenciários às uniões estáveis concomitantes, e citou alguns precedentes firmados de que não seria possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, bem como de que é possível o reconhecimento de união estável se houver separação de fato ou judicial entre os casados, e de que é inviável a indenização à concubina que mantivera relacionamento com homem casado para evitar dar maior proteção ao concubinato do que o próprio casamento ou união estável.

Todavia, ao final do seu voto o Ministro argumenta sobre a possibilidade de se reconhecer famílias simultâneas havendo a existência da boa-fé, uma vez que, em decorrência da morte, houve a cessação da relação jurídica, mas permaneceu os efeitos da boa-fé, e que no caso em análise não ficou comprovado a má-fé. Assim, o Ministro pediu provimento ao recurso para dividir a pensão por morte previdenciária e propôs a seguinte tese: “É possível o reconhecimento de efeitos previdenciários

póstumos a uniões estáveis concomitantes, desde que presente o requisito da boa-fé objetiva” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020).

Percebe-se que o Ministro, ao entender possível a preservação dos efeitos jurídicos previdenciários, demonstrou uma visão mais aberta para o reconhecimento de direitos e deveres póstumos às famílias simultâneas, desde que houvesse o requisito da boa-fé. O Ministrou não teceu nenhuma discussão acerca de considerar as uniões estáveis simultâneas como família, bem como não discutiu sobre os requisitos para sua configuração, mas centralizou a argumentação no pedido de benefício previdenciário, dependência e eficácia póstuma de relações pessoais que buscam a sua inclusão sob o viés da união estável.

Embora o Ministro Edson Fachin não tenha adentrado na fundamentação de famílias atípicas simultâneas, pelo menos ele não se esquivou de garantir direitos e proteção àqueles que integravam as uniões estáveis concomitantes e procurou analisar, diante do caso concreto, se haveria ou não direitos previdenciários.

Segue a ementa desse Recurso Extraordinário nº1.045.273.

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 529. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E COMPANHEIRO, DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE. 1. A questão constitucional em jogo neste precedente com repercussão geral reconhecida é a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas, e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes - independentemente de serem relações hétero ou homoafetivas. 2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem precedentes no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável, em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo tal relação enquadrada no art. 1.727 do Código Civil, que se reporta à figura da relação concubinária (as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato). 3. É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida. Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil). 4. A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual,

> independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos. 5. Tese para fins de repercussão geral: “A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020).

Do julgamento gerou o pedido de repercussão geral, que foi o de discutir a possibilidade de reconhecer a união estável homoafetiva e uniões estáveis concomitantes. Quanto ao pedido de reconhecimento da união estável homoafetiva não houve o que se discutir depois do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 em que, com base na interpretação do artigo 1723 do Código Civil, que determina “é reconhecida como entendida familiar à união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002) e de sua interpretação conforme a Constituição da República de 1988 reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar.

Mas quanto à união estável simultânea, o Ministro Alexandre de Moraes propôs a tese de repercussão geral nº 529:

> A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 11).

Prevaleceu no julgamento a corrente liderada pelo Ministro Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, que negavam provimento ao recurso extraordinário ao entenderem que, se no caso houvesse o rateio da pensão previdenciária, estaria configurado a bigamia, que é proibida no Brasil. Para julgar procedente o pedido interposto pelo companheiro do falecido contra a decisão do TJ-SE, houve o apoio dos votos dos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Marco Aurélio (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020).

Outra recente decisão julgada em 03/08/2021 pelo STF, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, também entendeu pelo não reconhecimento de direitos previdenciários em caso de concubinato, mesmo que a relação tenha sido duradoura e com o intuito familiar, tendo fixado a seguinte tese de repercussão geral nº 526:

> É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2021).

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pela União em face de Rosemary do Rocio de Souza, para modificar a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que dispôs a seguinte ementa:

> MILITAR. PENSÃO MILITAR. COMPANHEIRA. CONCORRÊNCIA COM A VIÚVA. Comprovada a convivência e a dependência econômica, faz jus a companheira à quota parte de pensão deixada por ex-combatente, em concorrência com a viúva, a contar do pedido efetivado na seara administrativa (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2021, p. 4).

O julgamento do STF discutia a possibilidade de o concubinato gerar efeitos previdenciários no caso de união estável simultânea ao casamento, tendo considerado os fatos relatados pela recorrente Rosemary do Rocio de Souza que ajuizou ação requerendo a pensão do ex-combatente por conviver com o mesmo no período de 1998 a 2001, ano em que morreu. Contudo, o falecido era casado ao tempo de seu falecimento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2021).

Diante da concomitância do casamento com o concubinato, o Ministro Dias Tóffoli mencionou o tema nº 529 do Recurso Extraordinário 1.045.273, da qual ele também defende que é inviável o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. O Ministro Gilmar Mendes demonstrou a semelhança entre os temas 526 e 529 de Repercussão Geral e Dias Tóffoli complementa que no tema 529 que gerou *leading case,* ficando claro que há uma distinção entre companheira e concubina, que não se pode confundir, e que a proteção do Estado abarca apenas a união estável enquanto união legítima, não cabendo o reconhecimento do concubinato (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2021).

Assim, Dias Tóffoli votou dando provimento ao Recurso Extraordinário da União. O Ministro Edson Fachin, assim como na outra decisão comentada acima, utilizou-se dos mesmos argumentos para negar provimento ao recurso.

Segue a ementa da decisão:

> Direito Previdenciário e Constitucional. Recurso extraordinário. Sistemática da repercussão geral. Tema nº 526. Pensão por morte. Rateio entre a concubina e a viúva. Convivência simultânea. Concubinato e Casamento. Impossibilidade. Recurso extraordinário provido. 1. Assentou-se no acórdão recorrido que, comprovada a convivência e a dependência econômica, faz jus a concubina à quota parte de pensão deixada por ex-combatente, em concorrência com a viúva, a contar do pedido efetivado na seara administrativa. Tal orientação, contudo, contraria a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do processo paradigma do Tema nº 529 sob a sistemática da repercussão geral, in verbis: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico constitucional brasileiro". 2. Antes do advento da Constituição de 1988, havia o emprego indistinto da expressão concubinato para qualquer relação não estabelecida sob as formalidades da lei, daí porque se falava em concubinato puro (hoje união estável) e concubinato impuro (relações duradoras com impedimento ao casamento). Erigida a união estável, pelo texto constitucional (art. 226, § 3º, da CF), ao status de entidade familiar e tendo o Código Civil traçado sua distinção em face do concubinato (art. 1.723, § 1º, c/c art. 1.521, VI e art. 1.727 do CC), os termos passaram a disciplinar situações diversas, o que não pode ser desconsiderado pelo intérprete da Constituição. 3. O art. 1.521 do Código Civil – que trata dos impedimentos para casar -, por força da legislação (art. 1.723, § 1º), também se aplica à união estável, sob claro reconhecimento de que a ela, como entidade familiar, também se assegura proteção à unicidade do vínculo. A espécie de vínculo que se interpõe a outro juridicamente estabelecido (seja casamento ou união estável) a legislação nomina concubinato (art. 1.727 do CC). Assim, a pessoa casada não pode ter reconhecida uma união estável concomitante, por força do art. 1.723, § 1º, c/c o art. 1.521, VI, do Código Civil. 4. Considerando que não é possível reconhecer, nos termos da lei civil (art. 1.723, § 1º, c/c art. 1.521, VI e art. 1.727 do Código Civil Brasileiro), a concomitância de casamento e união estável (salvo na hipótese do § 1º, art. 1.723, do CC/02), impende concluir que o concubinato – união entre pessoas impedidas de casar - não gera efeitos previdenciários. 5. A exegese constitucional mais consentânea ao telos implícito no microssistema jurídico que rege a família, entendida como base da sociedade (art. 226, caput, da CF), orienta-se pelos princípios da exclusividade e da boa-fé, bem como pelos deveres de lealdade e fidelidade que visam a assegurar maior estabilidade e segurança às relações familiares. 5. Foi fixada a seguinte tese de repercussão geral: "É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável". 6. Recurso extraordinário a que se dá provimento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2021).

Os três casos apresentados demonstram um mesmo posicionamento do STF em criar resistência para reconhecer famílias atípicas e desconsiderar todas as transformações ao longo dos anos no tocante ao Direito das Famílias, não aplicando o princípio da pluralidade familiar, mesmo que todo o contexto histórico daquele grupo de pessoas apresente uma convivência familiar com todos os seus requisitos de estabilidade, ostensibilidade e afetividade.

O judiciário generaliza todos os casos no entendimento de que as famílias simultâneas são relações adulterinas e que o ordenamento jurídico brasileiro adota a monogamia como princípio estruturante.

Como demonstrado, alguns Ministros já têm uma visão de monogamia como construção social e de que a existência da boa-fé nas relações simultâneas impede qualquer resquício de deslealdade. Também o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) aprovou o enunciado nº 4 que reconhece efeitos jurídicos ao definir que “a constituição de entidade familiar paralela pode gerar efeito jurídico” (IBDFAM, 2017).

Portanto, essas famílias necessitam ser reconhecidas e garantidos seus efeitos jurídicos. Casos de famílias simultâneas e os efeitos jurídicos advindos da relação todos os dias têm batido na porta do judiciário para o seu reconhecimento. Tais casos indicam ainda uma forte intervenção do Estado nas relações familiares e a não efetividade do princípio da pluralidade das entidades familiares para reconhecer famílias atípicas.

Ainda nesses casos apresentados é possível identificar o não reconhecimento de famílias atípicas, é importante estudá-los para verificar como o judiciário tem encarado o universo da família com as mudanças da sociedade. É notório que a legislação brasileira não tem conseguido acompanhar o surgimento dos novos arranjos familiares que se apresentam como entidade familiar e o judiciário teria essa função importante de garantir, através de suas decisões, o reconhecimento dessas famílias atípicas, contudo ele muitas vezes tem criado empecilho ao invés de promover a dignidade e a inclusão, conforme se vê nas decisões acima.

Devido a isso, tem restado a sociedade se adequar à legislação e não a legislação se adequar e ser criada a partir das demandas da sociedade, contrariamente a essa realidade, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2013, p. 201) bem expressa que “a lei não refaz a sociedade, mas que a sociedade refaz a lei!”.

Tal entendimento não deve continuar sendo utilizado pelo judiciário, considerando que o direito de família constantemente passa por modificações e essas alterações ocorrem devido às relações interpessoais, formadas numa sociedade dinâmica e líquida da contemporaneidade, por isso, a utilização de princípios na decisão são importantes, uma vez que eles admitem interpretação e a aplicação daquele que mais se adequa ao caso concreto, o que garante segurança jurídica e a

efetivação de direitos a todas as pessoas que procuram o judiciário para a resolução de demandas.

Nas decisões apresentadas, o Ministro Edson Fachin sempre demonstrou favorável ao reconhecimento de famílias simultâneas, isso porque ele buscou fazer uma leitura constitucionalizada do direito das famílias, além de demonstrar que não existe um rol fechado de entidades familiares, conforme expressa em seus posicionamentos:

> excluir as relações jurídicas que não se amoldam às tradicionais cercaduras familiares e que rompem a barreira da predeterminação normativa implica em negar muito mais do que simples modelos: importa, verdadeiramente, em olvidar a própria condição existencial de sujeitos concretos, que vivencialmente buscam a felicidade e a si próprios no afeto para com outrem. Pretender, assim, projetar uma espécie de arrimo a tal painel de possibilidade, no âmbito dessas perspectivas, traduz o sinônimo de respeitar e acatar as escolhas pessoais, isso porque se trata, mais do que afirmar liberdade de fazer escolhas no lugar da não-proibição, de verdadeiramente se cogitar uma “liberdade vivida”. (FACHIN, 2015, p. 163).

Essa liberdade se relaciona a escolhas pessoais para a construção do projeto de vida boa de cada indivíduo inserido no seio de sua família. Dessa forma, a atuação do Estado nas relações conjugais e de companheirismo deve ser mínima, por isso sempre é necessário levar em conta nas decisões as complexidades da contemporaneidade e os anseios da sociedade ao recorrer ao judiciário, não podendo as decisões judiciais manterem uma visão ultrapassada.

Ademais, embora tenha se criado duas teses de repercussão geral, conforme demonstrado nos casos acima e, mesmo considerando que os recursos de repercussão geral têm a função de reduzir os recursos julgados pelo STF por ano e também por utilizarem de uma espécie de ‘julgamento por amostragem’ de recursos de repercussão geral que deve ser reproduzida pelos tribunais inferiores que possuem casos semelhantes e, consequentemente, contribui para a uniformização da jurisprudência e evita decisões díspares em casos iguais é necessário entender que pelo direito das famílias não ser estático e encontra-se em movimentação constante devido a forma de se pensar, de viver, de busca pelos desejos, pela libertação de certos comportamentos tradicionais, não pode essas teses serem referência por toda a vida (SOCIEDADE, 2010).

O direito das famílias é complexo e as decisões são movidas pelos casos concretos e pela leitura principiológica que garante dignidade, autonomia, igualdade.

O judiciário hoje, nessas decisões, tem evitado enfrentar a questão de reconhecer as famílias atípicas e nas decisões acima mencionadas centralizou a argumentação na possibilidade ou não de concessão da pensão previdenciária. Acrescenta-se que o não reconhecimento de famílias simultâneas não é um posicionamento unânime dos Ministros do STF, Edson Fachin é um deles que sugeriu uma tese divergente ao entender que, no caso concreto, havendo o elemento boa-fé objetiva deveria ser reconhecido os efeitos previdenciários (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020).

Sendo assim, não cabe nessas decisões discutir se o que prevalece é a monogamia, bigamia ou poligamia, mas sim se aquela relação possui os requisitos de uma entidade familiar, se contribui para o crescimento, a eudemonia, o cuidado, a solidariedade entre os membros que a compõe.

6.3 A igualdade, o ativismo judicial e a negação de direitos às famílias atípicas

A igualdade enquanto princípio é necessária ser garantida pelo ordenamento jurídico brasileiro como forma de promover a vida digna do cidadão e sem haver qualquer tipo de tratamento discriminatório, seja em relação à idade, sexo, religião, cor. Inclui nessa igualdade o direito de escolha de qual família a pessoa deseja formar bem como a proteção de todas as entidades formadas.

Isso porque, conforme José Luiz Quadros de Magalhães (2016) se vive um momento de superação do sistema monojurídico com um único direito de família por um sistema plurijurídico, que quer dizer “uma nova concepção de pessoa singular plural e processual e uma nova concepção de natureza que inclui toda a vida, incluindo da pessoa” (MAGALHÃES, 2016, p.75).

Ou seja, na atual conjuntura não existe mais um único direito de família, mas sim, devido as transformações sociais e das diversas formas de se pensar, de se viver, novos modelos foram surgindo e que merecem igual tratamento, sem qualquer tipo de discriminação.

Essa igualdade já é garantida pela Constituição da República de 1988, no título que trata sobre direitos e garantias fundamentais, conforme demonstra o artigo 5º:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

> inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988)

A primeira ideia de igualdade é a de que todos são iguais perante a lei, contudo, “essa forma de entender a igualdade não levava a busca da igualdade de condições materiais nem criticava eventuais lacunas da lei” (RAMOS, 2019, p. 613).

Superada essa ideia de igualdade formal surgiu complementarmente a igualdade material ou efetiva, que procura romper com tudo aquilo que causa uma inferiorização do ser humano, como tem previsão no artigo 3º da Constituição da República que determina a erradicação da pobreza, da marginalização, a redução das desigualdades regionais e sociais e a construção de uma sociedade justa e solidária (BRASIL, 1988).

Essa igualdade material não é apenas a de dar as mesmas condições econômicas para todos, já que essa tentativa é frustrante porque, embora todos tivessem a mesma situação econômica, ainda assim em outras dimensões da vida poderia haver o tratamento desigual devido a fatores de opção religiosa, raça, cor, gênero, idade dentre outros.

Assim, mesmo havendo uma equiparação financeira alguns grupos mais vulneráveis sofreriam tratamento desigual. Nesse sentido, a igualdade identitária busca dar tratamento igual aos que estão em condições de vulnerabilidade.

Para Ramos (2019, p. 614), a igualdade esta relacionada aos direitos humanos e inclusive cita que “a universalidade determina que todos os seres humanos são iguais e devem usufruir das condições que possibilitem a fruição desses direitos”.

Essa relação da igualdade com os direitos humanos indica que todos devem ser tratados com dignidade e sem nenhum tipo de tratamento que promova a discriminação ou conceda privilégios para apenas alguns. Essas garantias devem ser dadas pelo Estado e pela sociedade, de uma certa forma.

Ramos (2019, p.615) inclusive menciona que uma das dimensões da igualdade é denominada como “vedação da discriminação negativa” que impede que as normas jurídicas sejam aplicadas para apenas um grupo de pessoas, ou seja, a norma jurídica não pode gerar nenhum tipo de discriminação ao ponto de excluir, restringir ou dar vantagens para alguns.

Diante do que foi exposto e dos conceitos de igualdade, só é possível falar em direito à igualdade se houver a possibilidade de inclusão, não permitindo que haja qualquer tipo de tratamento desigual. Dessa forma, a necessidade do respeito à igualdade na proteção das famílias é não dar proteção a todas as famílias, como é o caso das famílias atípicas não reconhecidas pelo Estado.

A Constituição da República de 1988 abriu um leque de possibilidade de constituição de novas entidades familiares e no mundo da vida existem várias formações diferentes das famílias típicas. Todavia, o judiciário ainda tem promovido em suas decisões tratamento desigual em reconhecer algumas e deixar outras fora dessa inclusão.

Nesse sentido, tem havido uma discriminação por parte do Estado em não reconhecer formações de famílias já presentes na sociedade. Essa discriminação gera tratamento diferenciado e o não reconhecimento de efeitos jurídicos patrimoniais na entidade familiar não reconhecida, o que provoca a perda de direitos previdenciários, sucessórios e partilha de bens adquiridos na constância do vínculo conjugal ou de companheirismo.

Na esfera familiar, o judiciário tem proferido decisões obsoletas e eivadas de preconceito em não permitir que novas entidades familiares se formem, como é o caso, por exemplo, das famílias simultâneas e das famílias poliafetivas. Tais restrições impedem a autodeterminação das pessoas, bem como o livre exercício do direito de personalidade dentro da família.

Por outro lado, diversas outras situações como o reconhecimento da multiparentalidade, a possibilidade de casamento e união estável entre homoafetivos, o reconhecimento de famílias anaparentais, foram decididos positivamente pelo judiciário.

Tais situações geram a dúvida se o judiciário vem efetivando o princípio da igualdade em suas decisões. Não se questiona que a legislação, para efetivar o princípio da igualdade, não garante o tratamento idêntico a todas as pessoas, isso porque ela tem que considerar as diferenças entre elas. Essa situação é demonstrada no ordenamento jurídico brasileiro ao dispor de várias leis especiais para proteção do deficiente, criança e adolescente, mulher, idoso.

Importante é essa atenção da legislação em não garantir os mesmos direitos a todos sem fazer nenhuma distinção entre os indivíduos. Todavia, o fato de a legislação

não promover idênticos direitos a todos o que demonstra respeito às diferenças não significa que ela deve permitir desiquiparações entre os indivíduos.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2000) menciona que quando houver por parte do legislador desiquiparações que elas devem ser justificadas e que tenham relação com a Constituição da República de 1988, sem ressaltar nenhum tratamento preferencial. Com esse entendimento do autor, é possível identificar no parecer do CNJ, sobre a proibição de escrituras públicas de união poliafetiva, e nos recursos extraordinários, onde o STF não reconheceu as famílias simultâneas para fins de pensão previdenciária, que há uma discriminação arbitrária das famílias atípicas.

Essas decisões demonstraram um tratamento desigual por parte do judiciário em não reconhecer outras formas de entidade familiar, mesmo havendo previsão na Constituição da República de 1988 de um rol exemplificativo que possibilita a formação de novos arranjos familiares.

Também há, por parte do judiciário, um tratamento preferencial, onde permite o reconhecimento e a concessão de direitos patrimoniais, sucessórios, previdenciários e, por outro lado, nega tais direitos à determinadas formações familiares surgidas na sociedade.

É fato que a sociedade é globalizada, complexa, plural, dinâmica e cada pessoa tem suas prioridades e interesses, cabendo ao direito garantir a todos os indivíduos proteção, por isso, a importância dos princípios constitucionais, porque eles conseguem abarcar diversas situações, mesmo não havendo lei específica para regular determinado conflito.

Diante da sociedade hipercomplexa, mesmo o legislador criando normas gerais e abstratas, elas não conseguem abarcar todas as situações e conflitos vividos pela sociedade e que necessitam de proteção. Assim, cabe ao judiciário fazer uma interpretação da norma e aplicá-la ao caso concreto, sem se valer mais de silogismos jurídicos.

O posicionamento dos tribunais é muito importante, isso porque, diante das várias mudanças da sociedade,

> Há muito se reconhece que nenhuma disposição normativa é capaz de regular por completo suas condições de aplicação, apresentando-se o texto normativo como um ponto de partida aberto à mediação interpretativa em face das singularidades e especificidades de cada situação concreta, sobretudo em sociedades cada vez mais complexas. É necessário, pois, adequar a letra da lei ao seu espírito e às circunstâncias de sua aplicação. O texto pressupõe o contexto, daí a permanente possibilidade de ressignificação do enunciado,

> normativo à vista das inevitáveis mudanças sociais (BERNARDES JÚNIOR, 2018, p. 22).

Sendo assim, pelo fato da legislação nem sempre conseguir acompanhar as transformações da sociedade, cabe ao judiciário fazer uma interpretação de forma que abarque as mudanças da sociedade, garantindo direitos e protegendo todos os cidadãos, sem tomar decisões que gerem desigualdade.

Bernardes Júnior (2018, p. 27) ainda complementa que no pós-positivismo passou-se a relativizar “o papel atribuído à razão e aos métodos interpretativos, evidenciando-se a insuficiência de textos baseados em meras regras hierarquizadas e conferindo-se maior importância à interação texto/contexto e à visão principiológica do direito.”, ou seja, é importante que se analise o caso concreto e o contexto da época com a lei que é abstrata e geral.

Não há dúvidas de que o papel do judiciário é ser protagonista na proteção das transformações da sociedade contemporânea ao atender as demandas complexas do cidadão. O que não pode, segundo Bernardes Junior (2019, p.27-28), “o decisionismo, o ativismo e o voluntarismo judicial, os quais põem em risco a função essencial de todo e qualquer sistema jurídico, qual seja, a estabilização de expectativas comportamentais, a assegurar um mínimo de previsibilidade às relações”.

Nesse sentido, se torna papel do judiciário garantir a efetivação de direitos fundamentais assegurando direito das minorias. Contudo, o judiciário brasileiro tem atuado gerando decisões conflitantes ao diferenciar tipos de família, mesmo que em todas elas tenham em comum os elementos principais como a afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Assim, a tomada de decisões do judiciário hoje em dia tem influenciado muito na sociedade e vem gerando decisões que envolvem questões morais e sociais, formando o chamado ativismo judicial, no sentido de que vem fazendo uma interpretação do artigo 226 da Constituição da República de 1988 de forma a excluir a proteção e o reconhecimento de determinadas famílias atípicas e de incluir outras as considerando como família.

O ativismo judicial, na visão de Luis Roberto Barroso (2009):

> [...] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as

> demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2009, p. 14).

De certa forma, o judiciário esta atendendo às demandas da sociedade que pleiteia para o reconhecimento de seus relacionamentos como entidade familiar, contudo, essas decisões que envolvem famílias atípicas tem sido proferidas no sentido de excluí-las enquanto famílias, como foi demonstrando em três decisões de vivência concreta de entidades famíliares atípicas, mas que juridicamente tiveram seus pedidos indeferidos para não reconhecê-las como família e muito menos reconhecer os efeitos jurídicos patrimoniais.

Essas decisões envolvendo as transformações da sociedade no direito das famílias são eivadas de fundamentação conservadora, tendenciosas a preceitos morais e religiosos e contrárias ao artigo 226 da Constituição da República. Assim, cabe ao judiciário aplicar o direito e não criar o direito, e nesse sentido, o judiciário está legislando ao entender que as famílias simultâneas não são consideradas famílias, ainda que presentes a estabilidade, ostensibilidade e a afetividade.

Assim também foi a atuação do CNJ ao declarar a proibição da lavratura de escrituras públicas de uniões simultâneas. Tal comportamento demonstra que o CNJ exerceu uma função que não cabe a ele, ao legislar e a definir o que é família a ser reconhecida pelo direito.

Ambas as decisões demonstraram fundamentação para adequar a lei à realidade, mas no intuito de fazer uma interpretação restringindo direitos, ao excluir novos arranjos familiares, o que, consequentemente, confronta com princípios previstos na Constituição da República como o da autonomia, dignidade, liberdade, igualdade.

Certo é que “as questões jurídicas devem ser resolvidas à luz do sistema jurídico como um todo, tendo em conta que a decisão final necessariamente deve expressar uma densificação normativa dos princípios da igualdade e da liberdade” (BERNARDES JUNIOR, 2018, p.46).

Isso porque as decisões do STF sobre as famílias simultâneas e a proibição do CNJ quanto às escrituras públicas poliafetivas causou injustiças e possibilitou enriquecimento ilícito de uma das partes, uma vez que no caso do Bom Baiano, por exemplo, tanto a companheira quanto a esposa viveram simultaneamente com Valdemar do Amor Divino e ambas tiveram filho com o mesmo, contudo, o judiciário

não reconheceu para as mulheres, em sede de recurso extraordinário, a divisão do benefício da pensão por morte previdenciária.

Em tais decisões prevaleceram a regra da exclusão, desconsiderando os princípios constitucionais e a realidade fática. Esse ativismo presente no judiciário tem gerado insegurança jurídica por suas decisões estarem sendo carregadas de concepções morais, valorativas e discriminatórias, como é o caso da negativação do reconhecimento de entidades familiares atípicas já presentes na sociedade e que estão à margem de proteção do Estado, devido a preconcepções baseadas em um direito das famílias ainda fincado em um passado voltado para monogamia, para o conservadorismo que ressaltam um verdadeiro retrocesso jurídico.

O judiciário hoje nas questões que envolvem famílias atípicas têm buscado a não inclusão de algumas delas e, por outro lado, já decidiu reconhecendo famílias homossexuais, a multiparentalidade, famílias anaparentais sem ter nenhum padrão mínimo de uniformização interpretativa.

E como entende Luiza Soalheiro (2019) ter essa visão de que as decisões tenham um mínimo de uniformização interpretativa não significa que todas as demandas que chegam até o judiciário sejam um entendimento uniformizado. E isso pode ser aplicado no reconhecimento de entidades familiares atípicas, no sentido de que havendo a presença de requisitos mínimos para configuração da entidade familiar que é caracterizada pela afetividade, estabilidade e ostensibilidade não há como ter um discurso de exclusão, mas sim de tratar todas essas famílias com igualdade, respeito e consideração.

Deve haver uma mudança de paradigma de maneira a se ter um mínimo de uniformização na interpretação de decisões por parte do judiciário em relação a essas famílias, por isso, é importante ter a afetividade como um comando direcionado ao Estado no reconhecimento de famílias atípicas, com vistas à efetivação da igualdade, da pluralidade, da autonomia e da dignidade humana.

Assim, a partir do momento em que os membros da entidade familiar demonstram a presença desses requisitos não há o porquê de seus direitos serem negados pelo judiciário.

7 CONCLUSÃO

Esta pesquisa teve a finalidade de discutir a possibilidade do reconhecimento jurídico de entidades familiares atípicas que foram surgindo ao longo dos anos em decorrência das transformações ocorridas na sociedade.

Sem dúvida alguma, o direito das famílias reflete as alterações da sociedade e os movimentos feministas, culturais, políticos, sociais, tecnológicos e econômicos contribuíram para essa transição da família tradicional para a plural.

Ao longo desse estudo, percebeu-se a mudança paradigmática da família, que hoje é focada na afetividade como elemento central e estruturante para o reconhecimento de novas entidades familiares, além de ser necessário a configuração de outros requisitos, como a ostensibilidade e a estabilidade.

Fato é que, conforme demonstrado no capítulo dois, houve uma alteração econômica, cultural, social da família pela busca da realização pessoal dos envolvidos na relação de conjugalidade ou de companheirismo. Para se chegar nessa concepção de família funcionalizada, promocional e solidária, foi preciso passar por caminhos de muita luta pela liberdade de escolhas, pela garantia da autonomia, pela conquista da igualdade.

A história do direito das famílias é marcada de formalismo, de uma interpretação positivista e estática, por influências religiosas e presas a um passado que se fundamenta em concepções valorativas e na moral, o que consequentemente dificulta uma interpretação mais inclusiva.

A Constituição da República de 1988 teve um papel importante nessa transformação, por trazer uma visão mais protecionista da pessoa através da efetivação de direitos fundamentais, além de contribuir para a construção do direito das famílias a partir de uma leitura principiológica, que possibilita uma aproximação das relações vividas em sociedade. O fenômeno da repersonalização do direito das famílias passou a preocupar mais com o ser do que com o ter, voltando sua atenção para a pessoa. Assim, a família se torna o centro para proporcionar bem-estar e realização da pessoa.

Nesse intuito, o capítulo terceiro abordou o princípio do pluralismo familiar que possibilita o reconhecimento de novos arranjos familiares a partir do rol exemplificativo previsto no texto constitucional do artigo 226. O caput do artigo 226 permite toda forma de entidade familiar. E mais ainda, o artigo 226 permite abarcar as famílias

atípicas desde que presente os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

O presente trabalho buscou, a partir dos efeitos jurídicos do vínculo da conjugalidade e de companheirismo, reconhecer novas formações familiares, sem, contudo, estabelecer um novo regime ou um regramento diferente.

Para isso, os princípios jurídicos como o da não intervenção do Estado nas relações privadas, liberdade de escolha, igualdade, autonomia são bases normativas para que o Estado reconheça famílias atípicas.

Partindo-se do entendimento de que a monogamia é um padrão de conduta seguido pela sociedade, mas que não passa de uma escolha cultural ou de uma questão de princípios religiosos e morais. Biologicamente falando, foi demonstrado que no reino animal entre os mamíferos, nem sempre a monogamia é um padrão adotado. Ademais, houve períodos históricos, principalmente no ocidente, em que a prática monogâmica não era seguida entre os povos e que, dependendo do gênero, ela era aceita ou não e durante muito tempo serviu para reprimir a mulher de ter relações simultâneas, controlar a paternidade e o patrimônio. Essa constatação permitiu concluir que não se pode afirmar que a monogamia é princípio e sim se enquadra em valor que pertence ao âmbito da axiologia, portanto, não pode ser imposta por não possuir força normativa.

Ademais, acredita-se que a monogamia é uma construção social e, por ser o Brasil um país laico e que adota como fundamento do direito privado a autonomia, faz com que os preceitos religiosos não devam ser adotados como regra. Continuar julgando improcedente os pedidos de reconhecimento de famílias atípicas sob o argumento do princípio da monogamia é violar a dignidade da pessoa humana, é assumir por parte do Estado um controle moral nas relações privadas, além de anular as vontades e escolhas dos envolvidos sobre o seu próprio projeto de vida que se alicerça na autorrealização, na autodeterminação e na busca pela felicidade.

Para reconhecer famílias atípicas é necessário respeitar e conviver com as diversidades e se libertar das amarras de uma família conservadora. A ordem que se impera na contemporaneidade para garantir a inclusão de famílias atípicas é a escolha pela não monogamia.

Superada a discussão acerca monogamia enquanto princípio jurídico, e levando em consideração que as entidades familiares surgem das relações intersubjetivas manifestadas pela sociedade, o capítulo quarto, ao reconhecer o

pluralismo familiar, afastando os obstáculos legais para o pleno desenvolvimento das famílias demonstrou-se alguns tipos de famílias típicas e atípicas que têm feito parte da realidade da sociedade.

Algumas dessas famílias atípicas já foram reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, como é o caso das famílias homoafetivas, o que demonstra que não cabe ao ordenamento jurídico brasileiro reduzir o instituto da família apenas centralizado no matrimônio, devido à adoção do pluralismo como integrante da realidade social, política e cultural da sociedade contemporânea. O reconhecimento de famílias atípicas é uma forma de concretizar os direitos fundamentais para a pessoa.

Evidencia-se que a Constituição da República em seu artigo 226 não diferencia e nem protege as famílias típicas das atípicas integrantes do meio social, bem como não distingue se são homoafetivas ou heteroafetivas e nem se são monogâmicas ou poliafetivas, pelo contrário, ela traz uma definição aberta de forma que com base na interpretação e diante de características essenciais dessa formação conseguisse reconhecer a relação construída dos fatos sociais como entidade familiar.

E um dos requisitos fundamentais presentes no mosaico de entidades familiares do novo paradigma nas relações familiares foi a afetividade. A afetividade passa a ser um elemento indispensável para a constituição familiar, uma vez que os vínculos construídos a partir da conjugalidade ou de companheirismo, do critério biológico e civil, passaram a ser insuficientes para abarcar os inúmeros contextos que estavam surgindo na sociedade.

O próprio Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça passaram a reconhecer a afetividade como elemento caracterizador da entidade familiar. Assim, a afetividade é entendida como princípio jurídico, apesar de alguns doutrinadores não a reconhecem como princípio, mas sim como sentimento pertencente ao campo valorativo.

Assim, o capítulo cinco tratou-se de fazer uma construção teórica do princípio da afetividade, o considerando como um comando direcionado ao Estado para reconhecer as famílias atípicas, a partir do momento que os envolvidos intitulam aquele relacionamento como entidade familiar demonstrando a presença da afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Dessa forma não cabe analisar relação de sentimento na afetividade enquanto princípio jurídico, mas sim, chegou-se à conclusão de que a afetividade é vínculo

constitutivo e distintivo da entidade familiar, sendo ela um elemento objetivo para identificar famílias atípicas.

Assim, resta evidente que a afetividade enquanto princípio, norma de dever ser, é um comando direcionado não ao cidadão, no sentido de que é o Estado que deve dizer se é ou não família, mas ao contrário, é o cidadão que vai reconhecer aquela relação enquanto entidade familiar por conter a afetividade, estabilidade e ostensibilidade, presente naquele contexto fático e que, portanto, não poderá deixar de ser desconsiderada pelo Estado para o reconhecimento das famílias.

A afetividade é um princípio que se encontra implícito na Constituição da República e se torna um pressuposto da autonomia privada, condição inerente à dignidade da pessoa humana. E por fazer parte do fato social, não pode estar à margem da análise do judiciário, pois é através da apuração do caso concreto e da sua manifestação fática representando a afetividade é que será possível o reconhecimento enquanto entidade familiar.

Não se pretende buscar um sentido rígido para a afetividade, mas sim considerá-la como elemento distintivo daquilo que é família e que difere de qualquer outro agrupamento que se une através da amizade, trabalho, interesses comuns.

A objetivação do princípio da afetividade como comando direcionado ao Estado consegue abarcar todo tipo de família atípica, sem haver qualquer discriminação ou exclusão conforme tem sido adotado pelos Tribunais que têm desprezado e criado barreiras para reconhecer determinadas entidades familiares manifestadas na sociedade, e por outro lado, busca dar a devida proteção.

Uma expressão que se encaixa para o cenário do judiciário brasileiro no tocante ao instituto da família é a de que ‘água mole em pedra dura tanto bate até que fura’, para justificar que por décadas ou anos houve uma resistência ou um não enfrentamento de vários fatos sociais que necessitavam de proteção e reconhecimento pelo judiciário e que com o tempo passaram a ser aceitos pelo ordenamento jurídico como a igualdade entre os filhos, a própria multiparentalidade, famílias homoafetivas.

Contudo, não se pode cometer o mesmo erro em desamparar tais famílias atípicas negando efeitos jurídicos na esperança de que um dia elas possam a vir a ser reconhecidas.

A família é o reflexo da sociedade e a cada dia, devido à essas transformações culturais, sociais, educacionais de virada de século, de geração, novas necessidades

vão surgido, e essas diversas formações familiares têm recorrido ao judiciário pelo seu reconhecimento.

Não se busca com essa proposta de releitura do princípio da afetividade gerar qualquer tipo de insegurança jurídica de forma a confundir uma entidade familiar sólida de um relacionamento eventual e líquido, mas sim buscar solução ao problema proposto através de um critério objetivo, capaz de constituir direitos e deveres a toda e qualquer formação que tem o intuito familiar, que tem a presença da afetividade, do cuidado, e que na prática é uma relação que promove a dignidade e a solidariedade entre seus membros.

Por último, para demonstrar exemplos de famílias atípicas formadas no cotidiano do brasileiro foram citadas as famílias poliafetivas que buscaram os cartórios para celebrarem escrituras públicas declaratórias de união estável e tiveram sua autonomia restringida pelo CNJ com a proibição de serem lavradas. Da mesma forma, os casos apresentados que foram julgados pelo STF e que não reconheceram direitos previdenciários para os companheiros que mantinham união estável simultânea, gerando uma negativa de direitos e o não protecionismo das pessoas que viveram uma união pública, contínua, notória por um tempo com o falecido.

Ressalta-se que todas essas situações de formação de entidade familiar e que estão a margem do ordenamento jurídico que não as reconhecem como famílias não impedem que elas continuem existindo faticamente. Elas apenas estão desprotegidas por não se adequarem a modelos tradicionais pré-concebidos pelo Estado. Por isso, a defesa do princípio da afetividade, enquanto comando direcionado ao Estado, possibilitaria o Estado reconhecer todas aquelas entidades que se intitulam como família e que apresentam as características configuradoras da entidade familiar como afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Assim, como a sociedade tem apresentado situações cada vez mais plurais, dinâmicas e que necessitam de uma maior flexibilidade do judiciário para reconhecer esses fatos sociais, já que nem sempre a legislação consegue abarcar todas essas situações, é preciso sempre buscar uma interpretação protecionista e inclusiva de outros modelos de núcleos familiares que se diferem dos tipificados e que se reconhecem como família.

Uma das respostas é elencar a afetividade como princípio e, por isso, se propõe essa nova interpretação a considerando como fato distintivo da entidade familiar que tem condições de promover a dignidade, assegurar a autonomia e a

liberdade dos envolvidos, a fim de garantir a realização do próprio projeto de vida daquele casal ou de grupo de pessoas que abarcam todos os elementos caracterizadores da entidade familiar.

Diante dos argumentos apresentados, é possível identificar que a afetividade enquanto princípio é elemento fundamental para reconhecer e proteger todo tipo de entidade familiar atípica, sem gerar qualquer decisão excludente, sendo a sua aplicação junto ao caso concreto, uma forma de efetivar a dignidade, autonomia, pluralidade e liberdade de escolha.

Nesse sentido, a afetividade na contemporaneidade é o ponto imprescindível para a concretização do projeto de vida centralizado na realização e na busca pela felicidade, através da escolha de uma entidade familiar que o mais identifique enquanto pessoa.

REFERÊNCIAS

ALBURQUEQUE, Fabíola Santos. **A Família Eudemonista Do Século XXI**. Ano. 202_. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/269.pdf Acesso em: 20 out. 2021.

ALMEIDA, Renata Barbosa; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil**. Famílias. São Paulo: Atlas, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. De Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Famílias no Direito Contemporâneo: Estudos em Homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. v. XII, p. 102-103, 2010.

ALVES, Roosenberg Rodrigues. Família Patriarcal e Nuclear: Conceito, características e transformações In. **II Seminário de Pesquisa da Pós-Graduação em História.** UFG-14/15 e16 set. 2009. Goiânia. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/113/o/IISPHist09_RoosembergAlves.pdf Acesso em: 20 dez. 2020.

ALVES, José Carlos Moreira Alves. **Direito Romano.** Rio de Janeiro, Forense, 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução. 5. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRIGHI, Nancy. **Relatoria e voto do Recurso Especial nº 1.159.242-SP**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=2012as0510&tipo=51&formato=PDF Acesso em: 27 jul. 2021.

ARIÉS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LCT, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Sobre a (in)capacidade do direito de lidar com a gramática da diversidade de gênero. **Revista Jurídica da Presidência**. v. 18, p. 481-506, 2017. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1465/1186 Acesso em: 04 set. 2021.

BAND**. IBGE**: 16% das famílias são reconstituídas. Out/2012. Disponível em: https://entretenimento.band.uol.com.br/aquinaband/noticias/100000542331/ibge-16-das-familias-sao-reconstituidas Acesso em: 12 jul. 2021.

BARASH, David P.; LIPTON, Judith Eve. **O mito da monogamia**: fidelidade e infidelidade entre pessoas e animais. Rio de Janeiro: Record, 2007.

BARROSO, Luiz Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium **.** In. **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará.** Fortaleza, v. 5, n. 8, jan./dez. 2009, p. 11-22.

BAUMAN, Zygmund. Sociólogo polonês cria tese para justificar atual paranoia contra a violência e a instabilidade dos relacionamentos amorosos. In. PRADO, Adriana. **Isto é.** Disponível em: https://istoe.com.br/102755_VIVEMOS+TEMPOS+LIQUIDOS+NADA+E+PARA+DURAR+/ Acesso em: 04 set. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido:** sobre a fragilidade dos laços humanos. Trad. Carlos Alberto Medeiros: Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. Judicialização da política, ativismo Judicial e princípio isonômico. In. (coords). RESENDE, Antônio José Calhau de; BERNADES JÚNIOR, José Alcione. **Princípio da igualdade: uma abordagem multidisciplinar**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Escola do Legislativo, Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2018, p. 13-60.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento 63, de 14 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525 Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf Acesso em 08 jul.2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 29 de fev. de 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil** (de 25 de Março de 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 03 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 14 jul.2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9278 de 10 de maio de 1996.** Regula o § 3° do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm Acesso em: 08 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994.** Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8971.htm Acesso em: 08 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002,** institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009.** Altera o art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11924.htm Acesso em: 08 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL**. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 470/2013**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4590857&ts=1594021233924&disposition=inline Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3369/2015.** Institui o Estatuto das Famílias do Século XXI. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2024195 Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 4277. Relator: Ministro Ayres Brito. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 5 maio 2011. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635 Acesso em: 11 jul.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Recurso Extraordinário n. 397.762-8/BA. Relator: Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 12 set. 2008. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547259 Acesso em 01 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 898.060. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 21 set. 2016. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919 Acesso em 02 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.045.273/SE. Relator: Min. Alexandre de Moraes. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 09 abr. 2021. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755543251 Acesso em: 01 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 883.168/SC. Relator: Ministro Dias Tóffoli. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 02 ago. 2021. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757642319 Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF rejeita reconhecimento de duas uniões estáveis simultâneas.** 22/12/2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457637&ori=1 Acesso em 14 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1087163/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 31 ago. 2011. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086464/recurso-especial-resp-1087163-rj-2008-0189743-0-stj/inteiro-teor-21086465 Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.157.273/RN. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira turma. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 jun. 2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901892230&dt_publicacao=07/06/2010 Acesso em 14 jul.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 24 abr. 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&ti

poPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901937019 Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1302467/SP. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 25 mar. 2015. Disponível em: https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a01610228fe998f515a72dd730294d87?categoria=4&subcategoria=46&assunto=166 Acesso em: 09 jun.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 395904/RS. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 06 fev.2006. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200101897422&dt_publicacao=06/02/2006 Acesso em: 11 jul.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 502.995/RN. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília,16 mai. 2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clap.+e+@num=%27502995%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27502995%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1217415/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 28 jun. 2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001844760&dt_publicacao=28/06/2012 Acesso em: 12 jul.2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0115.12.001451-5/001. Relator: Des. Eduardo Andrade. **Diário Judiciário Eletrônico**. Campos Altos, 03 jul. 2013. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=5&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=eudemonista&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar& Acesso em: 07 de jul. de 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0079.14.020530-7/001. Relator: Desembargadora Áurea Brasil. **Diário Judiciário Eletrônico**. Contagem, 29 fev. 2016. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0079.14.020530-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70022775605. Relator: Rui Portanova. Oitava Câmara Cível. **Diário Judiciário Eletrônico.** Porto Alegre, 18 ago. 2008.. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa Acesso em 14 jul. 2021.

CAETANO, Márcio; SILVA JUNIOR, Paulo Melgaço; GOULART, Treyce Ellen Silva. Famílias, masculinidades e racionalidades na escola: provocações queer e decoloniais. In. **Revista da Faeeba, Educação e Contemporaneidade**. v. 25, n. 45, 2016. Disponível em: https://www.revistas.uneb.br/index.php/faeeba/article/view/2290 Acesso em: 15 jan. 2021.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no Direito de família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões** , v. 35, p. 129-141, 2013.

CANELA, Kelly Cristina. O estupro no direito romano. São Paulo, SP. In. **Cultura Acadêmica**. 2012, 195 p. Disponível em: http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/O_estupro_no_direito_romano-WEB_v2.pdf Acesso em: 25 jan. 2021

CARDOSO, Daniel dos Santos. **Amando vári@s- individualização, redes, ética e poliamor.** 2010. 102 f. Dissertação (Mestrado) Ciências da Comunicação. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas Universidade Nova de Lisboa. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/5704/1/Tese%20Mestrado%20Daniel%20Cardoso%2016422.pdf Acesso em: 10 de jan.2021.

CASTRO, Carol; TOLEDO, Giuliana de. Poliamor: brasileiros apostam em diferentes formas de relacionamentos. Set., 2017. **Revista Galileu**. Disponível em: https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2017/09/poliamor-brasileiros-apostam-em-diferentes-formas-de-relacionamentos.html#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20pesquisa,entre%20os%20maiores%20de%2065. Acesso em: 01 jun.2021.

CORCIONE, Giulia Maria. **Afeto na acepção jurídica de vínculo constitutivo e distintivo da relação familiar:** proposição teórica sobre os pedidos de indenização por abandono afetivo. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da PUC Minas. Belo Horizonte, 2020. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GiuliaMirandaCorcione_8264.pdf Acesso em: 10 jan. 2021.

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. **Matrimônio**. Promulgado por SS. O Papa João Paulo II. Apostolado Da Oração: Braga, 1983. Disponível em: https://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf Acesso em: 07 jul.2021.

CÓDIGO DE DIREITO CANONICO. **Constituição Apostólica de Promulgação do Código de Direito Canônico.** Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/cjp/a_pdf/codigo_de_direito_canonico_1983.pdf Acesso em: 27 jan. 2021.

COSTALUNGA, Karine. O Direito à Igualdade na Relação Familiar:
Uma Proposta de Interpretação do Art. 1.790 Do Código Civil. In. **Revista Direito GV**. v. 2, n. 2 . Jul-Dez. 2006, p. 165-186.

CRISTIANI, Cláudio Valentim. O direito no Brasil Colonial. In. (org.) WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 397-414.

DAUWE, Fabiano. **Cadernos de Estudo:** História Moderna. Centro Universitário Leonardo Da Vinci. Indaial: Uniasselvi, 2008.Disponível em: https://www.uniasselvi.com.br/extranet/layout/request/trilha/materiais/livro/livro.php?codigo=11218 Acesso em: 20 fev. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** Revista dos Tribunais, 2013.

DIVISÕES/ PERÍODOS DA HISTÓRIA. **Só História**. Virtuous Tecnologia da Informação, 2009-2021. Disponível na Internet em http://www.sohistoria.com.br/ef2/periodos/ *Acesso em: 16 out. 2021.*

DONIZETTI, Elpidio. **O que são princípios, regras e valores?** Ano 2015. Disponível em: https://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/262440228/o-que-sao-principios-regras-e-valores Acesso em 10 de março de 2021.

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.** Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf Acesso em 09 de fev de 2021.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs.** Cambridge: Havard University, 2011.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana:** A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **Enunciados do IBDFAM. 2017.** Disponível em: https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam Acesso em: 12 out. 2021.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução Leandro Konder; Aparecida Maria Abranches. Rio de Janeiro: Best Bolso, 2020.

FACHIN, Luiz Edson. Família. In: FACHIN, Luiz Edson. **Dicionário de Filosofia do direito.** Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do VIII Congresso Nacional do IBDFAM**. Porto Alegre: Magister. Belo Horizonte: IBDAFAM, 2012. p. 158-169.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil:** sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. Direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional de transmissibilidade. In.: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flávio (coord.). **Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Princípio da dignidade humana no direito civil. In. TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da vontade e autonomia privada: Uma distinção necessária. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fatima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord). **Direito civil:** Das autonomias privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais – Atualidades II **-** Belo Horizonte: Del Rey, 2007a. 55-71 p.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. **Experimentação cientifica com seres humanos:** limites éticos e jurídicos. 2007b. 142f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: http://server05.pucminas.br/teses/Direito_FariaRE_1.pdf Acesso em: 02 ago. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Família. Salvador: Ed JusPodlvm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Direitos de familia. Salvador: Jus Podivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves. Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas ‘versus’ famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional). In. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, nº 3, 2002.

FERREIRA, Andrey Cordeiro. Colonialismo, capitalismo e segmentaridade: nacionalismo e internacionalismo na teoria e política anticolonial e pós-colonial. In. **Sociedade e Estado**, n. 29, abr. 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/j/se/a/LMbR7mNnPDM7CXV5L59MkFR/?lang=pt# Acesso em 10 set. 2021.

FERNANDES, Cláudio. "Família patriarcal no Brasil". **Brasil Escola**. Acesso em 13 jan.2021.

FIÚZA, Cesar. **Crise e Interpretação no Direito Civil**. Disponível em: https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/crise-e-interpretacao-no-direito-civil-cesar-fiuza.pdf Acesso em 05 fev. 2021.

FIUZA, Cesar. **Contribuição para uma nova hermenêutica civil constitucional**. Disponível em: http://cesarfiuza.blogspot.com/p/contribuicao-para-uma-nova-hermeneutica.html Acesso em 05 fev. 2021.

FIÚZA, Cesar; POLI, Luciana Costa. Famílias plurais o direito fundamental à família. In. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 67, p. 151-180, jul/dez. 2015. Disponível em: https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1730 Acesso em: 05 dez. 2021.

FIÚZA, Cesar; POLI, Luciana Costa. Famílias: para além dos ditames dos tribunais. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 6. ano 3. p. 105-132. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2016.

FREUD, Sigmund. **A história do movimento psicanalítico**. São Paulo: Imago, 1974.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Princípio da dignidade da pessoa humana ressignificado a partir do direito civil constitucional prospectivo. In. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.) **Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição:** estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.39-54.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga.** São Paulo: Editora Martins Claret, 2009.

G1. **União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP.** 28/out./2012. Disponível em: http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html Acesso em: 02 jul.2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito civil:** direito de família as famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito civil:** direito de família. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Função Social da família e jurisprudência brasileira. In. **VI Congresso Brasileiro de Direito de Família**. nov.2007. Disponível em: https://ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/715/VI%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia Acesso em: 09 fev. 2021.

GÊNESIS. In. **Bíblia online**. Disponível em: https://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/2/21-25 Acesso em: 16 out. 2021.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbernkian, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRAU, Heros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação e Aplicação do Direito.** Malheiros, 2009.

GRAU, Heros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** Malheiros, 2002. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5205104/mod_resource/content/1/DIREITO%20POSTO%20DIREITO%20PRESSUPOSTO%20-%20EROS%20GRAU.pdf Acesso em 15 jul.2021.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito e psicanálise**: um novo horizonte epistemológico. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/111.pdf Acesso em: 28 ago. 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: Ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HARTL, Judith. 1960: **Primeira pílula anticoncepcional chega ao mercado**. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/1960-primeira-p%C3%ADlula-anticoncepcional-chega-ao-mercado/a-611248 Acesso em: 30 jun. 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias Paralelas**. Revista Da Faculdade De Direito***,* Universidade De São Paulo, n. 108, p. 199-219. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67983 Acesso em: 08 out. 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos um devaneio acerca da ética no direito de família. **V Congresso Brasileiro de Direito de Família.** Data: 26/10/2005. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/18.pdf Acesso em: 29 jul. 2021.

HONNET, Axel**. Luta por reconhecimento**: a Gramática Moral dos Conflitos Sociais. Editora 34, 2003.

IBDFAM. **Rio de Janeiro registra mais uma união poliafetiva**. Publicado em 06 de Abril de 2016. Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/5961/Rio+de+Janeiro+registra+mais+uma+uni%C3%A3o+poliafetiva Acesso em: 26 set. 2021.

IBDFAM. **União poliafetiva**: escritura é necessária? Publicado em 20 de abril de 2016. Disponível em: https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/5970/Uni%C3%A3o+poliafetiva:+escritura+%C3%A9+necess%C3%A1ria? Acesso em: 26 set. 2021.

IBDFAM. **Quem é a família poliamorista brasileira?** Pesquisa traça perfil de adeptos e evidencia negligência de direitos ao poliamor no Brasil. Publicado em 04 de junho de 2020. Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/7339/Quem+%C3%A9+a+fam%C3%ADlia+polia%20morista+brasileira%3F+Pesquisa+tra%C3%A7a+perfil+de+adeptos+e+evidencia+ne%20glig%C3%AAncia+de+direitos+ao+poliamor+no+Brasil#:~:text=O%20estudo%20aponta%20que%2098,dos%20psic%C3%B3logos%20e%20psiquiatras%20entrevistados. Acesso em: 02 out. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Demográfico 2010**: famílias e domicílios. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd_2010_familias_domicilios_amostra.pdf Acesso em: 12 jul. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira.** 2015. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95011.pdf Acesso em: 09 out. 2021.

INFORMATIVO STF. **Informativo 635**. Disponível em: https://arquivos-trilhante-sp.s3.sa-east-1.amazonaws.com/documentos/informativos/informativo-0635-stf.pdf Acesso em: 14 out. 2021.

JOHANN, Jacob Bachofen. **Jurista e antropólogo suíço.** Ago. 2020. Disponível em: https://delphipages.live/pt/politica-lei-e-governo/lei-crime-e-castigo/advogados-juizes-e-juristas/johann-jakob-bachofen Acesso em: 16 out. 2021.

KANT, Immanuel**. Fundamentos da metafísica do costume**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

KLEIN, Jessica. **Poliamor:** relações não convencionais se multiplicam e lutam pelo reconhecimento da Justiça. BBC News. 22 de maio de 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/vert-cap-56813738. Acesso em 25 de setembro de 2021.

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaios sobre a Infância e a adolescência.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

LINS, Regina Navarro**. A cama na varanda**: arejando nossas ideias a respeito de amor e sexo. 14. ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil:** volume 1: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Publicado em abril de 2004. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia Acesso em: 23 dez. 2021.

LÕBO, Paulo. **Boa-fé entre o princípio jurídico e o dever geral de conduta obrigacional.** 2018. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2018/02/26/boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discricionariedade-administrativa/. Acesso em: 15 jun. 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. In. Instituto Brasileiro de Direito de Família. ano 2004. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/129/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o+do+Direito+Civil Acesso em: 08 fev.2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas:** para além do numerus clausus. Publicado em 23 de março de 2004. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/128/Entidades+familiares+constitucionalizadas:+para+al%C3%A9m+do+numerus+clausus Acesso em 25 de fevereiro de 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Socioafetividade em família e a orientação do STJ:** Considerações em torno do REsp 709.608. Publicado em outubro de 2013. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/25365/socioafetividade-em-familia-e-a-orientacao-do-stj Acesso em 15 ago. 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Socioafetividade em família e a orientação do Superior Tribunal de Justiça.** In. FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustado (Coords.). O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 635-654.

LUCAS. **Biblia on**. Disponível em: https://www.bibliaon.com/lucas_16/ Acesso em: 26 jan. 2021.

MAGALHAES, José Luiz. Quadros. Direito à Diversidade e Infiltrações transformadoras. In. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 13, 2016, p. 65-80. Disponível em: https://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/61/41 Acesso em: 27 out. 2021.

MARCOS. **Biblia on.** Disponível em: https://www.bibliaon.com/marcos_10/ Acesso em: 26 jan. 2021.

MARQUES, Mariana Ribeiro. **Afeto e sensorialidade no pensamento de B. Espinosa, S. Freud e D. W. Winnicott.** Publicado em 04 de setembro de 2012. P.1-79. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=especifico&nrSeq=20706@1 Acesso em :01 set. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALHO, Paulo de Barros; LINS, Robson Maia; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Adfas apresenta no senado parecer de rejeição ao PL Estatuto das Famílias.** ADFAS. Associação de Direito das Famílias e das Sucessões. Março, 2015. Disponível em: http://adfas.org.br/2015/01/01/adfas-apresenta-no-senado-parecer-de-rejeicao-ao-pl-estatuto-das-familias/ Acesso em: 03 ago.2021.

MAARCHESINI, Silvane Maria**. Afeto**: encontros e desencontros. Publicado em 04 de maio de 2006. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/218/Afeto:+encontros+e+desencontros Acesso em: 04 jul.2021.

MARCASSA, Luciana. Friedrich Engels. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. In. **Revista de Educação.** Vol.9, n.9, 2006. https://revista.pgsskroton.com/index.php/educ/article/view/2178 Acesso em: 10 ago. 2021.

MATEUS. In. **Bíblia Sagrada Online.** Disponível em: https://www.bibliaon.com/versiculo/mateus_19_6/ Acesso em 30 de jun. de 2021.

MICHAELIS. Afetividade. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=afetividade Acesso em 24 de agosto de 2021.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. **Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 132.** Rio De Janeiro. Julg. 05/05/2011. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633 Acesso em: 29 jul. 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e dignidade humana**. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

NASCIMENTO, Ana Paula de Castro do. Família, Propriedade Privada e Estado: gênese comum. In. **Encena.** Nov. 2016. Disponível em: https://encenasaudemental.com/cinema-tv-e-literatura/familia-propriedade-privada-e-estado-genese-comum/ Acesso em:16 out. 2021.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução crítica às categorias jurídicas relacionais: relação jurídica e situação jurídica no direito privado. In. FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de.; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil**: Atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 1-22.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada:** relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014

NETSABER. **Biografias**. Lewis Henry Morgan. Disponível em: http://biografias.netsaber.com.br/biografia-2510/biografia-de-lewis-henry-morgan Acesso em: 16 out. 2021.

NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. A instituição da família em a cidade antiga. In. (org.) WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História do Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 113-130.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da pessoa humana: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2002.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

OMMATI, José Emilio Medauar. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

OLIVEIRA, Neiva Flávia. **Afetividade como base do reconhecimento jurídico das entidades familiares.** Belo Horizonte: IBDFAM, 2003. Disponível em: http://www.ibdfam.com.br/trabalhos Acesso em: 17 abr. 2021.

PARNES, Célia. **Monoparentalidade feminina em foco**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) aponta que 12 milhões de mães criam seus filhos sozinhas. Jan. 2021. Disponível em: https://www.saopaulo.sp.gov.br/artigos/monoparentalidade-feminina-em-foco/ Acesso em: 10 jul.2021.

PÉCHY, Amanda; BRAUN, Julia. Jovens estão trocando a monogamia por relacionamentos abertos. **Veja.** Abril. Fev. 2021. Disponível em: https://veja.abril.com.br/brasil/jovens-estao-trocando-a-monogamia-por-relacionamentos-abertos/ Acesso em: 04 jul. 2021.

PEDRON, Flávio Quinaud, OMMATI, José Emílio Medauar. De que maneira a administração pública se vincula ao princípio da dignidade da pessoa humana? A resposta de um “ouriço” sob os pressupostos do pensamento de Ronald Dworkin. In. OMMATI, José Emilio Medauar. **Ronald Dworkin e o direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016, p.237-252.

PENNA, Carla. O campo dos afetos: fontes de sofrimento, fontes de reconhecimento. Dimensões pessoais e coletivas. In. **Caderno de Psicanálise**. Rio de Janeiro, v. 39, n.37, p. 11-27, jul./dez. 2017. Disponível em: http://cprj.com.br/ojs_cprj/index.php/cprj/article/view/3 Acesso em: 15 jan. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. v.5. Editora Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Advogado lista 10 polêmicas envolvendo união poliafetiva.** Publicado em maço de 2021. Disponível em: https://www.rodrigodacunha.adv.br/advogado-lista-10-polemicas-envolvendo-uniao-poliafetiva/ Acesso em: 15 jul. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva. 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/38980059/Dicionario_de_Direito_de_Familia_e_Sucessoes_Rodrigo_Pereira_2015_pdf?email_work_card=view-paper Acesso em: 10 maio 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **O que é família anaparental?** Saiba mais sobre esse tipo de família baseada no afeto e no apoio mútuo. Publicado em 10 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://www.rodrigodacunha.adv.br/o-que-e-familia-anaparental-saiba-mais-sobre-esse-tipo-de-familia-baseada-no-afeto-e-no-apoio-mutuo/ Acesso em: 11 jul. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha**. Os direitos humanos na família**. Publicado em 02 de maio de 2003 Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/1315/os-direitos-humanos-na-familia Acesso em: 03 maio 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA. Rodrigo da Cunha. **Processo Familiar:** Psicanálise pode melhorar percepção e atuação dos profissionais do Direito. Publicado em 09 de dezembro de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-dez-09/processo-familiar-importancia-conexao-entre-direito-familia-psicanalise Acesso em: 10 jun. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. **RJLB,** ano 1, 2015, n. 1, p. 1871-1893. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1871_1893.pdf Acesso em: 10 jul.2021.

PERLIGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: Introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POLI, Leonardo Macedo. **Exposição nas aulas da disciplina Direito e Psicanálise**. Programa de Pós-Gradução em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2018.

POLI, Leonardo Macedo; VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. O reconhecimento da família poliafetiva no Brasil: uma análise à luz dos princípios da dignidade humana, autonomia privada, pluralismo familiar e isonomia. Revista Duc In. **Altum-Cadernosde Direito,** vol. 7, nº13, set-dez. 2015. Disponível em: https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/15/15 Acesso em: 18 de jun. de 2021.

POLI, Leonardo Macedo; CORCIONE, Giulia Miranda. Problema do Afeto no Direito de Família: O Afeto como vínculo objetivo constitutivo e distintivo de pertencimento à entidade familiar. **Duc In Altum Cadernos De Direito**, v. 12, p. 275-334, 2020. Disponível em: https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/1227 Acesso em: 01 jun. 2021.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-reitoria de graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientação para elaboração de trabalhos científicos:** projetos de pesquisa, teses, dissertações, monografias, relatórios entre outros trabalhos acadêmicos, conforme Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) 2ª edição. Belo Horizonte: Puc Minas, 2016. Disponível

em: https://www.pucminas.br/pos/geografia/Documents/Normas%20ABNT%20para%20elabora%C3%A7%C3%A3o%20de%20Teses%20e%20Disserta%C3%A7%C3%B5es.pdf Acesso em: 24 out. 2021.

PONZONI, Laura de Toledo. Famílias Simultâneas: União Estável e Concubinato. In. **Instituto Brasileiro de Direito de Família** (IBDFAM), out. 2008. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/461/Fam%C3%ADlias+Simult%C3%A2neas:+Uniao+Est%C3%A1vel+e+Concubinato%22 Acesso em: 14 jul.2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. Os Princípios Constitucionais e o Novo Código Civil. In. **Revista da EMERJ,** v. 6, n. 22, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_73.pdf Acesso em: 12 dez. de 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de família Contemporâneo.** Jus Podivum, 2021.

ROLF, Madaleno. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: editora Forense, 2018.

ROLIM, Luiz Antônio. **Instituições de Direito Romano**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribuinais, 2003.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

RUGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fatima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord). **Direito civil:** Das autonomias privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais – Atualidades II **-** Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 03-24 p.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas e Monogamia.** Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/9.pdf Acesso em 13 jul.2021.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas:** da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de.; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia privada e vulnerabilidade: o direito civil e a diversidade democrática. In. LIMA, Taísa Maria Macena; SÁ, Maria de Fátima Freire de.; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia e vulnerabilidade.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 1-9.

SÁ, Mariana Oliveira. **Axel Honneth e a luta por reconhecimento:** a fundamentação da resistência política com base na tríade amor, direito e solidariedade. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bad4539e46846423 Acesso em: 30 jul. 2021.

SANDA, Samuel Magoji. **Ensaio sobre a família pós-moderna.** 114. f. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Pontifícia Universidade Católica São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/3813/1/Samuel%20Magoji%20Sanda.pdf Acesso em: 02 fev.2021.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos.** 202_. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_dh.htm Acesso em: 15 jun. 2021.

SANTOS, Rogério Dutra dos. A institucionalização da dogmática jurídico canônica-medieval. In. (org.) WOLKMER, Antonio Carlos**. Fundamentos de história do direito**.2010

SCHIPANSKI, Carlos Eduardo; PONTAROLO, Luizangela Padilha. **História Medieval:** releitura de uma época. Guarapuava: Ed. da Unicentro, 2009. Disponível em: http://repositorio.unicentro.br:8080/jspui/bitstream/123456789/915/5/Hist%c3%b3ria%20Medieval%20Releitura%20de%20uma%20%c3%89poca.pdf Acesso em: 15 jan. 2021.

SILVA, Orlando. **Projeto de Lei que institui o Estatuto das Famílias do século XXI.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1402854&filename=PL+3369/2015 Acesso em: 03 ago. 2021.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Em Defesa Da Família. In. **ARPEN-SP**. Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo. Publicado em: 20/12/2018. Disponível em: https://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NzYyOTM= Acesso em: 02 out.2021.

SOALHEIRO, Luiza. **Famílias simultâneas**: um arranjo familiar não monogâmico. Belo Horizonte: D`Plácido, 2019.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. Relatório Final Da Pesquisa (Versão Simplificada):Repercussão geral e o sistema brasileiro de precedentes. (Coord.) SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. **Projeto Pensando o Direito**. 2010. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/vol35-serie-pensando-direito-sbdp.pdf Acesso em: 09 out. 2021.

STRECK, Lênio. Entrevista sobre o "Direito não pode ser corrigido por valores morais". **Revista Consultor Jurídico**, 2 de abril de 2012Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck Acesso em 04 jun.2021.

STRECK, Lênio Luiz. Senso incomum: O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito. **Revista Consultor Jurídico**, 10 de outubro de 2013Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito Acesso em: 02 ago.2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil** v.5: direito de família. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. 2008. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/475/O+princ%C3%ADpio+da+boa-f%C3%A9+objetiva+no+direito+de+fam%C3%ADlia Acesso em: 26 jun.2021.

TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no Direito de Família. In. **Instituto Brasileiro de Direito de Família.** Publicado em 28 de novembro de 2012. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/859/O+princ%C3%ADpio+da+%20afetividade+no+Direito+de+Fam%C3%ADlia+%22 Acesso em: 20 ago. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. A família entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades. In. **Consultor Jurídico**. 21 de março de 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-mar-21/direito-civil-atual-familia-entre-autonomia-existencial-tutela-vulnerabilidades Acesso em: 29 jul.2021.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TERUYA, Marisa Tayra. A família na historiografia brasileira, bases e perspectivas teóricas. In: **Encontro Nacional de Estudos Populacionais**, 12., Caxambú, 23-27 out. 2000. Anais... s.l.: s.n. out. 2017. Disponível em: http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/TodosA%20Fam%C3%ADlia%20na%20Historiografia%20Brasileira....pdf. Acesso em: 19 de jan. 2021.

TORRES FILHO, Celso Marins; LIMA, Renata Albuquerque. Uma análise dos princípios jurídicos sob a visão de Ronald Dworkin e seu uso indiscriminado no Brasil. In. **Cadernos dos Programa de Pós-Graduação.** Vol. 13, n. 1, 2018, p. 107-123.

USP. **Completando 100 anos, Totem e Tabu traz teoria sobre o surgimento das leis.** Publicado em 13 de novembro de 2013. Disponível em: https://www5.usp.br/noticias/sociedade/completando-100-anos-totem-e-tabu-carrega-teoria-sobre-o-surgimento-das-leis/ Acesso em: 23 jul.2021.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. **Multiparentalidade e as novas relações parentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** Famílias. Vol. 5. São Paulo: Atlas, 2018.

VERAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito Romano clássico**: seus institutos jurídicos e seus legados. In. WOLKMER, Antonio Carlos (org.). Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 131-168.

VIANA, Túlio; SEMÍRAMIS, Cynthia. Quebrando as algemas: pelo reconhecimento jurídico dos relacionamentos não monogâmicos. In. CORREIA JUNIOR, Rubens (org.) **Criminologia do Cotidiano**: Crítica às questões humanas através das charges de Carlos Latuff. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/275966291_Quebrando_as_algemas_pelo_reconhecimento_juridico_dos_relacionamentos_nao_monogamicos Acesso em: 28 nov. 2019.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas**: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. 2. ed. Belo Horizonte: D´Plácido, 2020a.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Pluralidade familiar: conheça as espécies de família contemporâneas.** 2020b. Disponível em: https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/830101269/pluralidade-familiar-conheca-as-especies-de-familia-contemporaneas Acesso em: 29 jul. 2021.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Afetividade: princípio de Direito de Família ou um valor jurídico? In. **Jusbrasil.com.br**. Disponível em: https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/1137733041/afetividade-principio-de-direito-de-familia-ou-um-valor-juridico Acesso em: 25 nov. 2020.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Monogamia não é princípio jurídico: instrumento de opressão da mulher e de controle do patrimônio da família. In. **Revista de Estudos Jurídicos UNA**. V.6, n.1, 2019. Disponível em: http://revistasgraduacao.una.emnuvens.com.br/rej/article/view/107 Acesso em: 15 fev. 2021.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. O reconhecimento da família poliafetiva no brasil: uma análise à luz dos princípios da dignidade humana, autonomia privada, pluralismo familiar e isonomia. In. **Duc In Altum - Cadernos De Direito**, n. 7, vol. 13, 2015, p. 54-99. Disponível em: https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/15/15 Acesso em: 15 de dez. 2020.

VILAS-BÔAS. Família monoparental: necessário amparo jurídico. **Estado de Direito: informação formando opinião**. Jan. 2019. Disponível em: http://estadodedireito.com.br/familia-monoparental-necessario-amparo-juridico/#_ftn3 Acesso em: 10 jul. 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos. O direito nas sociedades primitivas. In. (org.) WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte**: Del Rey, 2010, p. 1-13.